Julian Bardach

FACULTÉ DE DROIT DE L'UNIVERSITÉ DE PARIS

CARACTÈRE JURIDIQUE
DE LA
COMMUNAUTÉ ENTRE ÉPOUX
DANS SES PRÉCÉDENTS HISTORIQUES

THÈSE POUR LE DOCTORAT

SOUTENUE LE SAMEDI 21 JUIN 1902, A 10 H. 1/2

PAR

Louis MASSE

DOCTEUR EN DROIT

Mention honorable de la Faculté de Droit de Paris

Président : M. SALEILLES, Professeur

Suffragants : MM. MASSIGLI et PLANIOL, Professeurs

PARIS

L. BOYER, Imprimeur-Editeur

15, rue Racine, 15

1902

Juliusz Bardach

En remerciement de son beau travail
sur la femme mariée allemande
à Monsieur Léon Lyon Caen
Hommage amical
[illegible]

Julien Bardach

FACULTÉ DE DROIT DE L'UNIVERSITE DE PARIS

CARACTÈRE JURIDIQUE

DE LA

COMMUNAUTÉ ENTRE ÉPOUX

DANS SES PRÉCÉDENTS HISTORIQUES

THÈSE POUR LE DOCTORAT

SOUTENUE LE SAMEDI 21 JUIN 1902, A 10 H. 1/2

PAR

Louis MASSE

DOCTEUR EN DROIT

Président : M. SALEILLES, Professeur

Suffragants : MM. MASSIGLI et PLANIOL, Professeurs

PARIS

L. BOYER, Imprimeur-Editeur

15, rue Racine, 15

1902

Erratum.

lire Gierke au lieu de Giercke.

—

INTRODUCTION

La conception juridique de la situation réciproque et des droits du mari et de la femme sur les biens du mariage dans le régime de communauté, a, selon les moments, suivi des principes bien différents. Tandis qu'à l'époque du plein moyen-âge le mariage était compris comme une association naturelle entre deux ayants-droit égaux qui conservaient dans leur union leur capacité respective, cette conception, depuis la fin du xive siècle cède la place à l'idée d'un mariage à la romaine ; au lieu d'un principe d'association c'est maintenant celui de l'autorité absolue du mari qui devient et reste le fondement de notre régime conjugal de droit commun.

Depuis une époque récente on a la sensation à la fois, dans les mœurs et dans la doctrine, d'une tendance très marquée à revenir à la conception primitive qui est en fait la véritable logique : une association entre deux époux égaux en droit, avec l'autorité directrice de l'un d'eux comme chef, voilà en effet le vrai type du mariage quant aux personnes et quant aux biens. On a fait remarquer avec raison que la conception du droit romain rabaisse sans utilité la femme à un rôle très effacé qui ne correspond nullement à la situation réelle qu'elle occupe dans la communauté à côté de son mari. Et une grande lutte s'est engagée entre les théoriciens qui poussent à l'extrême le principe du mari seigneur et maître et

les partisans des réclamations féministes dont la faveur semble croître chaque jour dans les mœurs (1).

On a particulièrement été frappé, en effet, des inconvénients que présente, telle qu'on la comprend, notre communauté légale dans les classes laborieuses ; on a dit, non sans raison, que ce régime, s'il assurait à la femme certaines garanties dans les milieux aisés, se traduisait en fait dans les ménages ouvriers par le despotisme et l'autocratie du mari (2). On a peint en termes quelquefois exagérés, mais qui contiennent une part de vérité, ces intérieurs laborieux où la femme, après avoir péniblement gagné de quoi subvenir aux besoins journaliers, se voit enlever par un mari ivrogne et débauché le salaire de la semaine. Et, avec les principes traditionnels qui servent à expliquer notre Code, on ne trouve aucun recours contre de tels abus que la loi n'a cependant pas voulu consacrer; on constate que le seul remède accordé est la séparation de biens, moyen difficile et coûteux. Et comme conséquence de cet état de choses les statistiques relèvent en effet un nombre effrayant de divorces et d'unions illégitimes.

Aussi quelques tentatives ont-elles été faites pour essayer de porter remède à ces abus (3) ; mais ces réformes à l'état fragmentaire ne nous semblent pas destinées à donner les résultats qu'on en attend ; et peut-être le véritable progrès législatif consisterait-il plutôt à établir un droit commun dont toutes les classes pourraient s'accommoder (4).

Nous ne voulons pas entreprendre ici œuvre de féminisme,

(1) Cf. Basset : *Du rôle de la femme mariée dans la gestion des intérêts pécuniaires de l'association conjugale.* Thèse Paris, 1896, p. 35.

(2) Cf. Glasson : *Le Code Civil et la question ouvrière*, p. 88 et s. — L. Bridel : *Revue critique de législation et de jurisprudence*, 1893, p. 206 et s.

(3) Cf. *infra*, chap. V, p. 511 et s.

(4) Cf. Challamel : *Bulletin de la Société de Législation comparée*, 1895-1896, p. 180.

Les féministes intransigeants se basent uiquement sur un droit naturel de la femme et non sur la science juridique et historique. Aussi ne pensons-nous point qu'il soit nécessaire pour arriver au résultat désiré, de bouleverser tout notre régime matrimonial, et d'élever un nouveau monument sur les ruines de l'ancien. Avant d'en arriver là il faudrait voir si l'explication traditionnelle que depuis le XVIe siècle on donne de nos principes nationaux est la formule qui correspond exactement aux institutions de notre Code civil. Les sentiments d'égalité du Moyen âge ne se sont-ils pas conservés sous les termes de la science romaine et moderne, et ne faut-il pas y retourner et reconnaître en eux les véritables fondements de notre communauté actuelle? Nous le croyons; et c'est à soutenir cette opinion que nous allons nous employer dans les pages qui vont suivre.

Dans un compte-rendu que notre éminent professeur de droit comparé, M. Saleilles, a fait d'un ouvrage de M. Imbard de la Tour sur les biens communaux. je note le passage suivant : « Je songe en ce moment, dit-il, à cette ingénieuse conception allemande de la propriété en main commune, qui n'a de germanique que la construction dogmatique qui en a été faite, alors qu'au point de vue des faits et des réalités pratiques, elle n'est que la traduction, sous des expressions identiques, d'une forme de propriété coutumière qui se retrouve chez nous et dans notre histoire, aussi bien qu'en pays allemand. Malheureusement, les catégories inflexibles du Code civil nous ont empêché de lui adopter une conception juridique qui lui convienne : on a cru devoir la faire rentrer dans le cadre de la copropriété et rien n'est plus faux. On se heurte en ce qui touche par exemple le droit au partage et la détermination des ayants-droit. au cas de partage, à des impossibilités théoriques et pratiques inextricables.

« Il serait temps de reprendre sur ce point l'évolution du droit coutumier au degré de développement théorique où il était au moment du Code civil, afin de rendre à la propriété

commune sa véritable valeur juridique. Il ne s'agit pas de lui appliquer de force un moule étranger à nos conceptions françaises. Il s'agit de traduire en formules juridiques exactes la réalité des faits au lieu de dénaturer les faits pour les plier à des formules purement fictives.

« Or si nous voulons traduire la réalité économique en cette matière par des formules qui en soient l'adaptation exacte, nous aboutirons, quelle que soit l'expression adoptée, et ceci importe peu, à quelque chose d'analogue à ce que les Allemands appellent la « Gesammte Hand » et qui n'est autre chose qu'un mot allemand pour traduire une forme très française de la propriété rurale (1). »

Cette opinion que M. Salleilles émet à l'occasion des biens communaux, il l'avait déjà soutenue également dans son cours de 1899-1900 à l'égard de la communauté entre époux. Et c'est celle que nous reprenons ici : la communauté entre époux n'est pour nous ni une forme de copropriété romaine ni une personne juridique, mais un cas d'application de la copropriété en main commune. En recherchant les origines de notre droit national et en suivant notre régime conjugal depuis sa source jusqu'à nos jours, nous verrons que cette conception de la propriété collective purement française était en réalité le fondement de notre construction juridique, même sous les termes inexacts des romanistes postérieurs. Il n'est pas possible par suite que notre Code ait entendu modifier cet état de choses; et « traduire en formule juridique exacte la réalité des faits », voilà l'unique but de notre thèse. Et nous verrons quelle importance il y a à revenir à nos vrais principes : sans qu'il soit besoin d'innovations législatives, on peut, même dans l'état actuel de nos lois, reconnaître à la femme son véritable rôle d'associée égale au mari, ayant dans certains cas un pouvoir propre et identique, tout en restant soumise à l'autorité du chef du ménage et de la famille entière.

(1) Cf. Saleilles : *Bulletin de la Société de Législation comparée*, 1900, p. 125.

CHAPITRE PREMIER

La théorie de la Gesammte Hand en Allemagne et en Suisse. — Ses origines. — Ses principes. — Son histoire. — Son rôle dans le droit ancien et moderne.

Généralités

Il est malaisé, et même impossible de déterminer par une ormule concise l'institution juridique dont nous nous proposons, dans ce chapitre, d'exposer les principes, parce que les termes dont la science juridique a coutume de se servir sont pour la plupart empruntés au droit romain, droit à qui cette forme particulière de la propriété collective était inconnue (1); en effet, il nous sera donné de voir, au cours de notre étude qu'elle ne correspond ni au dominium, ni au condominium, ni à l'universitas des jurisconsultes latins.

Dans les cas où plusieurs personnes se trouvent avoir en même temps des droits de propriété sur un même patrimoine, leur situation juridique peut donner lieu à différentes conceptions. Le droit romain n'en connaît que deux : la forme d'un patrimoine « universitatis », qui appartient à la collectivité représentée par un être moral distinct des

(1) Voyez cependant l'opinion contraire dans Kohler : *Miteigenthum und Gesammte Hand* dans *Zeitschr. f. franzœs. Civilrecht*. IX. *Iehring's Harb.* XVIII. — Et tous les romanistes en général.

ayants droit, et celle d'un simple « condominium », dans laquelle le patrimoine commun se trouve divisé entre les divers copropriétaires d'après des quotes-parts déterminées ou arithmétiques ; là où le but qu'envisage la collectivité est indépendant des volontés passagères des ayants droits momentanés, il y a personne juridique ; là au contraire où ce but ne se trouve pas séparé des intérêts individuels et de la volonté des membres, le patrimoine appartient aux ayants droits dans des proportions déterminées et ceux-ci restent personnellement sujets de la masse patrimoniale ; il y a dans ce cas copropriété.

Pour certains droits postérieurs au droit romain, pour ceux de l'Allemagne, de la Suisse, de la France (et en général pour ceux qui portent dans leur origine l'empreinte de l'influence germanique), droits dans lesquels les idées de collectivité, d'association, de communauté, propres à ces races du Nord, se sont beaucoup plus développées que chez les Romains, on est obligé de constater que les catégories de la science latine ne suffisent plus pour déterminer les situations patrimoniales qui peuvent se rencontrer en matière de propriété collective : nous nous trouvons en effet ici en face de formes spéciales, auxquelles les théories et les idées romaines sont étrangères par cette raison très simple que les Romains ne les connaissaient pas.

On est donc en droit de revendiquer pour ces formes originales de la propriété de plusieurs à un même patrimoine, un caractère juridique qui leur est propre, qui est né de ces situations mêmes.

Pendant longtemps la doctrine n'a pas songé qu'il pût y avoir en matière de propriété, en dehors des catégories établies par les jurisconsultes latins, d'autres institutions juridiques propres à certaines races ; il est vrai que l'histoire du droit est une science relativement jeune, et que, seules, les découvertes et les publications de documents anciens, œuvre plus particulière du XIXe siècle, ont pu permettre d'étudier et de mettre bien en lumière les caractères et les con-

ceptions particulières à certains peuples, spécialement aux peuples germaniques. C'est la gloire des savants allemands, des germanistes dans leur lutte contre les romanistes (1), d'avoir étudié ces textes et d'en avoir extrait des éléments juridiques qu'ils ont montrés bien différents, dans leurs principes, de certaines institutions romaines. Et, pour la propriété collective, ils ont abouti dans le droit germanique à la forme si claire et si simple du Gesammteigenthum ou Miteigenthum zu Gesammter Hand, expression allemande qui peut se traduire en notre langue par cet équivalent de « propriété en main commune ».

Nous allons exposer dans ses détails cette conception particulière qui permettra, dans bien des institutions, d'avoir la clef de certaines situations qui semblaient nécessairement inexplicables à l'aide du droit romain.

Section I

§ I.— Le Mitheigenthum zu Gesammter Hand est une conception du droit germanique qui s'est maintenue depuis les origines de ce droit jusqu'à nos jours. Ce principe, comme nous le verrons plus loin (2), a pour base le fait d'une communauté juridique de personnes. Cette dernière institution ne différait guère au début de la forme d'association, à laquelle on a appliqué plus tard la théorie de la personnalité juridique; la différence ne devient vraiment sensible qu'à partir du moment où naît le système de la personne morale. A cette époque plus avancée de la science juridique, à côté des corporations se rencontrent des communautés sans personnalité propre, dont la construction doctrinale avait été établie à l'aide des deux principes germaniques de

(1) Pour l'histoire de la doctrine germanique en Allemagne, voyez E. Huber : *Deutsch. Privatrech.* Avant-propos du Docteur P. de Quisck.

(2) Cf. *infra*, pp. 17 et suiv.

la Gesammte Hand et du Mundium (1), principes qui avaient constitué également, il faut bien le remarquer, la base des corporations et des associations douées plus tard de personnalité juridique (2). Mais, tandis que cette base commune aux deux formes s'efface peu à peu dans ces dernières institutions, elle demeure de plus en plus apparente dans les simples communautés.

Le principe de la Gesammte Hand est une théorie très malléable, ce qui permet son application aux institutions juridiques les plus diverses. La communauté de personnes, qui en est le fondement, peut devoir sa naissance à un fait indépendant de la volonté des communistes, ou au contraire dériver d'une convention conclue entre eux ; elle peut être plus ou moins intime et durable ; elle peut être conclue à vie ou seulement en vue d'un certain but à atteindre. Lorsqu'à la communauté de personnes se joint une communauté de propriété, celle-ci peut être soit la cause, soit la résultante de la première ; cette propriété collective peut avoir pour objet un patrimoine dans son entité ou quelques biens en particulier seulement, ou bien encore une créance, ou une obligation. Dans le droit du moyen-âge, ce principe de a Gesammte Hand se manifestait dans de nombreuses institntions juridiques souvent différentes entre elles, mais au fond de toutes se trouvait la même conception, conception qui, de nos jours, n'a pas cessé de vivre et d'agir.

Lorsqu'on parle de Gesammte Hand, on a en vue cette idée que plusieurs personnes dans leur ensemble, formant un groupe uni par un lien juridique, sont sujettes de droits et d'obligations. Mais ce groupe ne constitue point une personne juridique distincte des membres qui le composent, et ces membres ne sont pas non plus unis entre eux par un simple lien de co-propriété. La « co-propriété en main commune » représente une forme intermédiaire entre ces deux formes

(1) Giercke : *Deutsch. Privatr.*, p. 661, Note 5.
(2) Giercke : *Deutsch. Privatr.*, p. 662.

précédentes de la propriété collective, et nous montrerons plus loin (1) les différences qui séparent distinctement ces trois conceptions. On verra par ces divergences que ce serait également une erreur de considérer l'institution de la Gesammte Hand comme un mélange bâtard des règles de la co-propriété et de la personnalité (2).

Le nom de cette institution lui vient d'un ancien usage juridique : lorsqu'ils agissaient en commun, les membres de ces communautés, pour rendre évident le lien qui les unissait entre eux, joignaient leurs mains ensemble. C'est pourquoi on l'appelle aussi « gemeine Hand, eine Hand, conjuncta manus, par manus (3) ».

On a soutenu précisément, en vertu de cet usage des mains jointes, que le principe de la Gesammte Hand n'était pas une véritable conception juridique ; ce ne serait qu'un symbole (4). Mais la remarque inverse de Heusler, qu'un symbole de droit repose au contraire nécessairement sur une institution juridique, est beaucoup plus exacte (5).

Pour résumer ici en quelques mots les caractères essentiels de notre institution, caractères que nous développerons

(1) Cf. *infra*, chap. I, pp. 69 et suiv.

(2) C. Heusler : *Ins.*, I, § 53, *in fine*.

(3) Giercke : *Deutsch. Privatrecht.*, p. 664. — Stobbe : *Zeitschr. f. Rechtsgesch*, IV, p. 219. Les communistes sont appelés « Ganerben, Gemeiner, Genossen, Coheredes, Consortes » — Les communautés sont désignées sous les noms de « Ganerbschaften, Gemeinderschaften, Gemeinschaften », etc .. — On a donné aussi d'autres noms à notre institution ; ainsi on l'a appelée « kollektive Einheit » ou « formelle Einheit ». — Jolly : *Zeitsch. f. Kechtsgesch*, XI, p 318. — Unger : *Deutsch. Privatr.*, I, p. 330. — Ce dernier parle aussi de « unpersonifizirten Pensonengesammtheiten ».

(4) Zimmerle : *Stammsgutssystem*, p. 95.

(5) Heuler : *Inst.*, I, pp. 225 et 226. « La G. Hand, dit-il, est une conception juridique déterminée..., un principe juridique, de même que celui des quotes-parts ou de la solidarité peut servir à déterminer les droits de plusieurs personnes dans une institution juridique. »

par la suite, j'emprunte ici la formule brève et précise que donne M. Verdelot (1).

Dans la Gesammte Hand, dit-il, « la naissance de droits et d'obligations relatifs aux biens est subordonnée au concours de tous, et c'est là le point capital, l'acte d'un seul est inopérant, même pour sa part ». La caractéristique de l'institution est un lien personnel très fort existant entre les membres de la communauté : ce lien personnel est la base du principe (2). Sur lui s'appuie une communauté juridique de biens aboutissant à une unité patrimoniale dans laquelle les droits individuels des communistes sont confondus, sans distinction possible, et qui se sépare des patrimoines propres des associés. De cette confusion résulte qu'aucun des communistes ne peut prétendre à une part déterminée de ce patrimoine pendant la durée de la communauté ; par suite, ce droit indéterminé n'étant pas compris dans son patrimoine propre, le communiste ne peut en disposer entre vifs ou autrement tant que dure la communauté et cette intime unité du patrimoine commun est encore la raison pour laquelle le concours de tous est requis pour tout acte de disposition concernant les biens communs.

Ce sont ces caractères principaux que nous allons parcourir dans leurs détails.

§ II. — La construction abstraite de ce principe juridique de la Gesammte Hand doit sa naissance à un fait concret sur lequel il nous sera donné de nous étendre en détail (3), mais qu'il est bon de mentionner ici en quelques lignes.

A l'origine de la Gesammte Hand, il y eut toujours une association familiale reposant sur une base naturelle et coutumière. La conception de la propriété en main commune

(1) Verdelot : *Du bien de famille en Allemagne et de la possibilité de son institution en France*. Thèse Paris, 1899, p. 23.

(2) Gierke : *Deutsch. Privatr.*, p. 663. *Genossenschaftstheorie*. p. 355.

(3) Cf. chap. IV, p. 348 et suiv.

est née, on peut dire, de la pensée d'une complète communauté des biens appartenant à la famille, résultant elle-même d'une très intime association des différents membres de celle-ci ; c'est dans le droit de famille germanique que la Gesammte Hand trouve son point de départ. Elle est née de la communauté familiale et de l'idée profonde de la conservation du bien de famille. Cette idée du bien de famille, du patrimoine familial, du « Hausvermœgen » est celle qui est à la base de la constitution même de la famille germanique. A l'époque où les Germains fondent leurs premiers établissements, la notion de la propriété de l'individu au sol est inconnue : la terre appartient à un groupe étendu qui est la tribu (1). Mais la tribu elle-même n'est que le composé de diverses familles qui sont l'image en réduction de l'association dont elles font partie : les individus qui forment la famille n'ont aucun droit particulier sur les biens qui en constituent la patrimoine : c'est pourquoi, à l'époque de la répartition périodique des terres, le lot était attribué non pas à l'individu, mais à la famille : on avait à cette époque cette pensée exacte qu'une base matérielle, solide, était nécessaire à celle-ci. Et la période de formation de la propriété privée du sol est aussi la période durant laquelle l'unité du patrimoine familial est la plus étroite. A cette époque, tout à fait primitive, il ne pouvait d'ailleurs encore être question de propriété des membres de la famille, d'un bien de famille. Mais quand les allotissements périodiques cessèrent, que les « sortes » devinrent susceptibles de propriété privée, et que chaque « Haus » garda sa « sors », dans cette nouvelle conception juridique du droit à la terre, s'implanta cette idée qu'à la « Haus », à la famille, seule et tout entière appartenait la « Hufe », car le groupe en avait le véritable usage économique (2). Cette idée s'enracine profondément dans la législation germanique par suite de l'organisation spéciale de la famille ; ce qui était particulier à celle-ci et en

(1) Cf. chap. IV, p. 337 et ss.

(2) Heusler : *Inst.*, I, chap. III.

opposition nettement marquée avec l'idée de la famille romaine, c'était la conception de la situation du père. Tandis que chez les Romains le paterfamilias était considéré comme le maître absolu et absorbait tous les droits de la famille sur les biens, les Germains au contraire considéraient la famille comme une association durable, composée d'un certain nombre de membres dont le chef était le père. Et la législation germanique s'en tint toujours à cette idée d'après laquelle le patrimoine est moins une propriété individuelle qu'un bien de famille (1). Grâce à cette conception on en vint, même pendant la vie du Hausherr, à accorder déjà aux autres membres de l'association familiale un certain droit sur le patrimoine. La famille étant propriétaire en commun, la libre disposition de la « Hufe » ne devait pas appartenir au Hausherr, bien qu'il fût le représentant du groupe familial à l'extérieur et le maître tout-puissant à l'intérieur; la « Haus », la famille seule tout entière, avait la capacité de disposer de la « Hufe » : son droit faisait obstacle à un pouvoir de libre disposition accordé au chef de la famille.

D'après Giercke (2), qui émet une opinion originale, opinion qui rencontre d'ailleurs de nombreux adhérents, il ne faut pas encore reconnaître dans cette institution de la famille avec le père pour chef les véritables principes de la Gesammte Hand; dans cette situation, dans la communauté familiale des parents et des enfants, il n'y a pas encore propriété en main commune, mais seulement « Einhand » du père, qui a sous sa main-mise le patrimoine et qui le possède par un droit et en son nom personnels, et agit de même : il ne faut donc pas encore parler d'une complète communauté de patrimoine (Vermœgensgemeinschaft) et de véritable « Gesammteigenthum » (3). Cependant Giercke fait bien observer que

(1) Sur la conception de la famille germanique, cf. *infra*, chap. II, p. 104; chap. III, p. 233; chap. IV, p. 327 et ss.

(2) Giercke : *Zeitsch. f. Rechtsgesch.*, XII, 1876. *Erbrecht und Vicinenrecht im Edict Chilpérichs.*

(3) Dans le même sens, M. Huber : *Gemeinderschaften der*

le père n'est pas malgré cela chef du patrimoine à titre de propriétaire exclusif, mais en même temps comme chef et comme représentant de la famille. Son droit de propriété est complexe : le père de famille est propriétaire à la fois en son nom et au nom du groupe. Sa propriété se trouve donc vinculée par sa situation de père de famille, et les membres de la communauté familiale ont sur ce patrimoine familial un droit leur permettant de veiller à ce que ce bien soit conservé et administré exclusivement dans l'intérêt de la famille (1).

Tout autre pour Gierke se présente la chose lorsqu'une communauté de famille se formait entre plusieurs successibles restés dans l'indivision, ce qui était le fait général au cas de mort du père de famille, les fils continuant à faire ménage en commun. C'est alors que se formait une véritable Gemeinderschaft zu Gesammter Hand et une réelle Vermœgensgemeinschaft. C'étaient les fils maintenant qui étaient à la tête de la famille. Il est vrai que l'un d'eux, en général le plus âgé, se trouvait être le chef de cette communauté ; seulement il n'était plus, comme le père de famille, appelé par un droit personnel, mais par la communauté, et en son nom. Par suite la propriété du patrimoine familial ne lui appartenait pas à lui seul, mais à tous ensemble.

Si les uns nient avec Gierke qu'il y eut Gesammteigenthum entre père et fils, beaucoup d'autres le soutiennent, au

Schweiz., § I et II. M. Huber fait remarquer cependant que l'idée du Hausvermœgen existe déjà dans la situation familiale du père et des fils ; s'il ne faut pas encore voir là une véritable communauté de famille, si la communauté n'existe en réalité qu'entre frères, l'idée mère d'un bien de famille se trouve cependant déjà dans le groupe familial soumis à l'Einhand du père de famille. Cf. E. Huber : *Historische Grundlagen der Berner Handfeste*, II.

(1) Cette communauté de famille entre fils et père, dirigée et représentée par le Hausherr en vertu de son mundium, serait la plus ancienne forme des communautés que Gierke (*Deutsch. Privatr.*, p. 607) désigne sous le nom de « Gemeinderschaften krafft herrschaflicher Gewalt » sur ses formes postérieures. Cf. Gierke : *Deutsch. Privatr.*, p. 698 et ss. *Genossenschaftsrecht*, §§ 15, 18, 20, 23.

contraire (1). Et si on considère bien les raisons à la fois des partisans et des adversaires de cette opinion, on en arrive à s'apercevoir qu'il y a bien plus une discussion sur le mot que sur le fond du droit : car les deux partis sont d'accord pour reconnaître qu'il y avait une très solide barrière opposée aux droits du « Hausherr » par les droits propres aux membres de la famille et cela depuis les temps les plus anciens ; et l'on s'entend également sur la façon dont se produisait cette restriction aux pouvoirs du père de famille, seulement on ne veut pas, dans ce cas précis, parler de Gesammteigenthum.

Si nous laissions de côté ce mot, et la discussion à laquelle il a pu donnner lieu, nous voyons que cette forme d'association que revêt la famille germanique, et les droits sur l'ensemble du patrimoine qui appartiennent aux membres qui la composent, ont donné naissance à une institution spéciale, au « Beispruschsrecht », c'est-à-dire au droit, pour les membres de la famille, de concourir aux aliénations immobilières. Sous des formes différentes au nord et au sud de l'Allemagne, le « Beispruchsrecht » était la résultante dans les deux régions de la même idée, que le bien était un bien de famille « dass das Gut eigentlich Familiengut ist », dit Heusler (2).

Au sud de l'Allemagne, le Beispruchsrecht reposait sur la véritable communauté de famille, qu'elle existât entre le père et ses fils ou simplement entre les fils à la mort du père (Ganerbschaften). Il naissait et disparaissait avec elle ; quelle que fût l'autorité qui se trouvait à la tête de cette association familiale, que ce fût le père en vertu de son mundium, ou

(1) Amira trouve la Gesammte Hand dans sa théorie sur l'évolution successorale, à l'origine de tous les patrimoines, à l'exception de quelques parties insignifiantes. — Giercke : loc. cit., p. 478. Cette G. Hand serait une société de biens avec une représentation organisée : ses membres étaient appelés « Milherrn » et les parents non associés « Nichtherrn ». — Heusler : *Inst.*, I, chap. III.

(2) Heusler : *Inst*, I, p. 227.

l'un des fils en vertu d'un droit coutumier ou d'un choix fait par ses communistes, ce chef de communauté avait voix prépondérante dans l'administration des biens ainsi que dans leur mode d'exploitation ; il avait aussi un libre droit de disposition sur les meubles compris dans le patrimoine familial ; mais dès qu'il s'agissait d'un acte concernant un immeuble, son droit se heurtait à celui des membres de la communauté de famille ; l'aliénation ne pouvait avoir lieu qu'au moyen d'une action de tous les communistes ensemble, « mit Gesammter Hand, conducta manu ».

Cette action commune, cette Gesammte Hand, se modifie au XIII[e] siècle. Le simple consentement donné par les membres de la famille, suffit à partir de cette époque pour rendre l'aliénation valable ; les communistes n'aliènent plus, ils donnent leur consentement, ils concourent à aliéner.

Au nord de l'Allemagne, dans le droit Saxon (1), le Beispruchsrect avait une stucture beaucoup plus individualiste ; la base n'en est plus une association familiale, car il appartenait au plus proche héritier, indépendamment de toute communauté avec l'aliénateur ; c'est un droit qui tient ici à la parenté, comme nous le prouveront les différences que nous allons rencontrer entre cette institution du droit Saxon et celle du sud de l'Allemagne. D'ailleurs, au cours du temps, ce fut cette forme saxonne qui tendit à se répandre, et elle exerça même une grande influence sur l'autre (2).

Le Beispruchsrect saxon différait de celui résultant de la Gemeinderschaft à deux points de vue. Tout d'abord il ne consistait pas en une action commune, mais simplement dans un consentement : le droit des plus proches membres de la

(1) En réalité, dans le droit Ostphalien, car le droit Westphalien penche fortement vers les usages francs.

(2) Verdelot : Op. cit., p. 61 et ss. — Stobbe : *Handbuch*, III, § 117. — Frommhold : *Die rechtliche Natur des Anerbenrechts nach der neuesten deutschen Hœfegesetzgebung und das Verhæltniss desselben zu dem ælteren baüerlichn Anerbenrechts*, § I. — Garsonnet : *Histoire des locations perpétuelles*, p. 305.

famille se montrait comme une forte espérance qui obligeait le chef de famille à s'assurer pour les aliénations du bien de famille de l' « Erbenlaub » des plus proches héritiers (1).

Il semble à première vue que ce ne soient là que les formes différentes d'une même pensée juridique ; mais l'opposition entre les systèmes des deux régions de l'Allemagne est bien plus profonde, comme nous le révèle cette seconde différence : d'après le droit Saxon l' « Erbenlaub » des parents était encore nécessaire même encore après le partage du bien de famille, pour l'aliénation de sa part par un membre de celle-ci. Dans le sud de l'Allemagne, au contraire, régnait la règle « Theilung hebt die Gesammte Hand » (2) ; le partage étant une cause de dissolution de la communauté, faisait par cela même cesser la Gesammte Hand et le Beispruchsrecht reposant sur cette Gemeinderschaft. Une fois la communauté éteinte par le partage, le droit des communistes s'évanouit.

Malgré ces divergences, ce qui est indiscutable, c'est qu'il apparaît clairement que ces deux droits reposent sur une idée juridique commune, sur le principe de l'appropriation du bien à la famille. Seulement dans les deux régions cette idée a pris des directions différentes. Mais l' « Erbenlaub » de Saxe et la « Gesammte Hand » de l'Allemagne du Sud ne s'expliquent pas différemment : tous deux reposent sur un droit commun des membre de la famille sur le patrimoine, idée qui se fait jour déjà pendant la vie du père de famille aussitôt que l'existence de la famille est mise en danger par lui.

S'il ne faut pas chercher l'apparition la plus ancienne du Beispruchsrecht dans la situation familiale entre père et fils, puisqu'il y a discussion entre les partisans de la Gesammte Hand sur ce point (3) il est certain qu'on la trouve dans les

(1) Sur l'action accordée à l'héritier au cas d'aliénation sans son consentement. Cf Verdelot : Op. cit., p. 61 et ss.

(2) Heusler : *Inst.* I, p. 237. — Stobbe : *Handbuch*, III, § 117.

(3) Cf. *supra*, pp. 12 et ss.

communautés de ménages qui se formaient entre les frères à la mort du père. Nous n'insisterons pas ici sur les détails relatifs à ces communautés qui seront largement étudiées au chap. IV, en raison de leur importance pour notre thèse (1). Mais nous pouvons remarquer que ces Gemeinderschaften, très fréquentes au moyen-âge, n'étaient que de petites sociétés de production dont les membres n'avaient qu'une pensée : conserver et gérer le fonds commun sur lequel ils vivaient tous, et en jouir paisiblement. A l'origine, ces sociétés ne se formaient qu'entre les fils ou autres cohéritiers qui à la mort du père ne partageaient pas le bien de famille auquel ils avaient des droits égaux : ils laissaient dans l'indivision ce patrimoine familial sur lequel ils vivaient en commun. De là cette expression de « coheredes » employée par les sources au sens de « communistes », car la communauté entre cohéritiers était le cas originaire, et encore certainement le plus fréquent au moyen âge (2). Une semblable communauté de coheredes ou de Ganerben pouvait durer pendant de longues années et même pendant plusieurs générations. Et c'est dans ce fait concret de l'indivision entre cohéritiers que se trouve l'origine de la conception abstraite et des principes de la propriété en main commune.

Les fils, qui à la mort du père ne partageaient pas le patrimoine familial dont ils conservaient la jouissance en commun, ne sentaient point la nécessité de délimiter dans cette masse de bien la part qui appartenait à chacun d'eux. Tous avaient l'usage du bien laissé par leur père et chacun d'eux prenait dans les produits ce dont il avait besoin pour lui et pour ses enfants, s'il en avait ; mais nulle répartition déter-

(1) Cf. *infra*, chap IV pp 350 et ss.

(2) Cependant cette expression de « coheredes » n'est pas identique comme sens à notre mot « cohéritier ». Il y a une nuance : car à cette époque les enfants non encore séparés du père, vivant en commun avec lui sont déjà des coheredes, et l'on ne peut parler dans ce cas de cohéritiers. Dans le même sens que coheredes on trouve les mots « comparticipes ou consortes, Ganerben ou Gauerben ». — Cf. Heusler : *Inst.*, I, p. 230.

minée dans ce droit d'usage, pas plus qu'il n'y avait de délimitation dans le droit de propriété de chacun des individus. Le patrimoine commun était à tous, dans une indivision confuse, sans que chacun des communistes pût se dire propriétaire d'un tiers ou d'un quart par exemple de la masse ou de chaque objet en particulier. Que l'on remarque d'ailleurs que c'était là une situation toute naturelle à cette époque primitive ; certes la conception de la copropriété romaine, avec sa délimitation du droit de chacun des copropriétaires nous est extrêmement familière et claire, au point même que l'idée d'une communauté de propriété sans quotes parts déterminées choque actuellement nos habitudes au premier abord ; mais notre esprit juridique plus raffiné, a reçu une éducation scientifique qu'il serait exagéré de vouloir reconnaître aux peuplades de la période franque ; et je crois au contraire, que, pour celles-ci, la conception d'une quote-part abstraite, ne se révélant par aucune division matérielle de l'objet possédé collectivement, aurait été difficilement admise par les intelligences un peu primitives de cette époque. D'ailleurs, quel besoin auraient éprouvé ces cohéritiers de déterminer le droit de chacun d'eux tant que durait cette communauté ? Leur but principal était de vivre en commun et de rendre ainsi, par le travail constant de tous, la production plus importante et la vie plus aisée. L'individu, à une époque où les transactions concernant les biens étaient rares, n'avait pas besoin de posséder une quote-part déterminée et aliénable ; il lui suffisait de participer à la jouissance du bien commun dans la mesure de ces nécessités. Le jour où il lui était nécessaire de séparer son droit de ceux de ses associés, le partage était là, qui déterminait le montant de la part de chacun des ayants droits.

Les cohéritiers possédaient donc le patrimoine familial dans la forme d'une indivision qui se distinguait de la copropriété romaine par ce fait que nulle quote-part déterminée n'était distinguée dans la masse commune.

A cette première caractéristique peuvent se rattacher tous

les autres principes dont l'ensemble a donné lieu à la conception juridique du Miteigenthum zu Gesammter Hand. C'est parce que le droit afférant à chacun des cohéritiers se trouve indéterminé que cette quote-part est inaliénable et intransmissible héréditairement, de sorte qu'à la mort de l'un des communistes il y a lieu, non pas à succession, mais à accroissement entre les survivants. C'est parce que le patrimoine appartient à tous sous la forme de cette copropriété germanique que le sujet de cette masse patrimoniale apparait comme une unité externe formée intérieurement de l'union des communistes ; et c'est toujours pour la même raison que tout acte important concernant ce bien commun ne peut être accompli qu'avec le concours de tous. Mais la conséquence la plus frappante de ce principe prédominant, était la nécessité habituelle de la vie en commun.

Dans cette forme primitive de la communauté de famille, les membres se trouvaient unis par une intime communauté de vie familiale ; le ménage commun était une base esssentielle de notre principe : beaucoup de sources disent que les communistes ou « Gesammthænder » ont un seul foyer « ein Brod » « einen Rauchfang » etc. (1). Aussi, dès qu'il n'y avait plus communauté de vie, dès que les membres faisaient ménage séparé la Gesammte Hand disparaissait.

Cette origine familiale de la Gesammte Hand a marqué cette dernière d'une empreinte qui ne s'est plus effacée. L'association des personnes, le lien personnel entre les membres de la Gemeinderschaft est toujours resté dans cette théorie du facteur essentiel. « De l'association juridique des personnes découlent toutes les conséquences de la Gesammte Hand » dit M. Huber (2). L'existence du principe de la copropriété zu Gesammter Hand repose en fait sur l'idée première et principale de l'influence, quant au patrimoine, d'une com-

(1) Dans le cas contraire on dit « Ieder sein Nutz besunder suecht » ou bien que les communistes « in zwai Protten sind ». — Cf. Stobbe : *Zeitsch. f. Rechtsgesch*, IV, p. 228. — *Handbuch*, II, § 81.

(2) *Gemeind. der. Schweiz*, § 1.

munauté des personnes. « Vermœgensrechtliche Wirksamkeit einer Personenrechtlichengemeinschaft » (1). Tandis que dans les autres situations de collectivité les droits réels et les droits personnels peuvent se définir simplement d'après leurs règles habituelles, ici les conceptions relatives à ces droits se trouvent soumises à l'influence qu'entraîne la communauté des sujets et sont par suite établies sur des règles particulières qui, aux droits des choses et des obligations, mêlent des idées du droit des personnes. Dans la Gesammte Hand se trouve toujours formée une communauté juridique de personne. Cette union intime des associés donne à la situation juridique dans laquelle ceux-ci se trouvent placés, les caractères spéciaux qui la différencient des situations collectives existant entre des membres qui ne sont pas unis entre eux par un lien personnel. Et toutes les fois que l'objet de la Gesammte Hand est un droit patrimonial, ce droit éprouve des modifications dues à ce principe d'une intime communauté existant d'abord et surtout entre les personnes (2).

Le lien particulier qui unit les membres de la communauté, l'association personnelle, est donc la base fondamentale de la Gesammte Hand, celle qui lui a donné ses lois et lui maintient son caractère spécial ; c'est pourquoi nous rencontrons plus tard la Gesammte Hand dans toutes les formes de collectivité où l'association des personnes joue le rôle principal.

A l'origine, le lien personnel était tellement important que l'existence de la Gesammte Hand était intimement liée à une vie patriarcale en commun : toujours elle reposait sur une association familiale provenant elle-même d'une base naturelle ou coutumière ; la Gesammte Hand est née de la communauté complète du bien de famille, créée par l'existence, la vie en commun des membres de la famille.

Ce caractère originaire et exclusivement familial, il est

(1) Gierke : *Genossenschaftstheorie*, p. 353.

(2) Gierke : *Deutsch. Privatr.*, p. 675.

vrai, n'a pas toujours subsisté dans sa forme primitive. La Gesammte Hand se développe en effet au cours du temps dans une double direction.

D'un côté, des communautés, dont l'origine est la famille, se dépouillent de leur caractère exclusivement familial, se mélangent d'éléments conventionnels ou se constituent par convention sans répudier le principe de la Gesammte Hand. Grâce à cette modification, a pu se constituer, en Allemagne, un régime propre des sociétés, dont les applications trouvèrent place surtout en matière de sociétés de commerce (1).

D'un autre côté, dans bien des formes de communauté, le maintien de la conception d'une copropriété en main commune sur l'ancien patrimoine familial, originairement liée à une communauté complète de vie et de ménage, fut rendue possible, malgré une séparation d'habitation entre les Ganerben, par un fait dérivant des nécessités propres aux classes nobles. Tandis que les paysans s'accommodaient aisément d'une même table et d'une même habitation, les divers membres d'une même famille seigneuriale étaient tourmentés au contraire du désir d'avoir chacun une maison leur permettant de satisfaire à leurs besoins d'indépendance et de luxe. Mais comme d'autre part le maintien de l'intégralité du domaine familial était une des conditions importantes de la conservation de la famille elle-même et de la splendeur du nom, au lieu d'aboutir à des partages de propriété entre les divers membres (Thattheilung, Tottheilung, Grundtheilung), on eut recours, pour concilier ces deux besoins, à des partages plus ou moins complets d'usage, de jouissance seulement (Mutschierung Oerterung). Dans ce cas se rencontrait la vieille maxime « Mutschierung bricht nicht Gesammte Hand ») (2), c'est-à-dire que si dans les rapports internes des membres de la Gemeinderschaft entre eux l'ancienne com-

(1) Giercke : *Genossenschaftstheorie*, p. 356.

(2) Stobbe : *Handbuch*, II, § 81. — Verdelot : op. cit , pp. 37, 41 et suiv.

munauté intime de vie n'existe plus, le principe de l'unité extérieure est toujours maintenu et le Gesammteigenthum continue de subsister (1). La conception de la Gesammte Hand se trouve ainsi conservée malgré le fait d'une habitation séparée, et cette situation, qui se rencontre déjà dans les familles seigneuriales du XIIe siècle restera la forme préférée des maisons dynastiques postérieures (2).

Mais dans ces deux directions nouvelles, l'union des personnes apparaissait toujours comme la raison de la constitution patrimoniale de la communauté. Et si, depuis la disparition du formalisme juridique, le lien personnel peut sembler à l'extérieur n'être plus que l'élément secondaire, quoique nécessaire d'une communauté de biens, il n'en reste pas moins un élément essentiel. Encore aujourd'hui, toujours, là où agit le principe de la Gesammte Hand, les sujets du patrimoine commun apparaissent comme une collectivité régie par une communauté de volontés, alors même que cette association n'existe que dans un but exclusivement patrimonial. Et cette communauté du patrimoine, grâce à l'idée fondamentale de la Gesammte Hand, est toujours intimement liée à la durée de l'association des personnes. Comme société ordinaire, la communauté juridique des biens peut prendre naissance avant l'union des sujets, ou durer plus qu'eux ; comme Gemeinderschaft zu Gesammter Hand, elle naît et meurt avec l'association des Gemeinder (3). Et de nos jours, malgré les nombreuses discussions que soulève la théorie de la Gesammte Hand, un point reste inébranlable, c'est que la base de celle-ci se trouve dans l'association juridique personnelle des sujets (4).

(1) Cf. *infra*, chap. III, p. 373; chap. IV, p. 355 et ss.
(2) Cf. Heusler : *Inst.*, I. p. 233.
(3) Giercke : *Genossenschaftstheorie*, p. 353.
(4) Giercke : *Deutsch. Privatr.*, p. 669. *Genossenschaftstheorie*, p. 359 et suiv. — Beseler : *Erbverbrüderung*, I, 84. *System.*, § 70. — Stobbe : *Zeitschr. f. Rechtsgech*, IV, p. 214. — *Handbuch*, I, § 49 ; II, § 81, 82. — Heusler ; *Inst.*, I, p. 250.

Le principe de la propriété en main commune ainsi né d'un fait concret, et développé avec ce caractère familial qui en demeurera la caractéristique à travers les siècles, ne restera pas longtemps appliqué à la seule indivision de famille qui lui avait donné son origine. Des communautés entre cohéritiers, en effet, la Gesammte Hand passe d'abord dans la famille elle-même où règne cependant la « Hausherrliche Gewalt » du père. Dans les rapports entre le mari et la femme se développe peu à peu, à côté du mundium marital, l'idée d'une société entre les époux, et suivant que la Gesammte Hand dans cette société se montre comme un principe composant inséparable du mundium, ou au contraire comme un principe particulier et séparé, le régime de l'association conjugale suivra en Allemagne deux routes différentes. De même après la dissolution du mariage la Gesammte Hand forme la base de l'institution de la communauté continuée Fortgesetzte Gütergemeinschaft) entre le survivant et les enfants (1).

Le principe de la copropriété en main commune s'étend en outre de bonne heure en dehors du cercle de la famille.

Une fois la Gesammte rendue possible sans communauté de vie, les Gemeinderschaften des cohéritiers se façonnent sur différents types dans lesquels un élément conventionnel décolore peu à peu l'institution mère (2).

C'est ainsi que se forment différents genres de communautés qui s'éloignent de plus en plus de la base familiale primitive au point qu'un pacte d'association, possible même entre personnes étrangères les unes aux autres, apparaît finalement comme fondement juridique de ces formes nouvelles.

Parmi les populations rurales on voit se développer les communautés paysannes ou « bauerliche Gemeinderschaften » qui, dans les droits alamans et bavarois, portent le nom de « Zusammentheilungen », et chez les Burgondes

(1) Cf. *infra*, chap. II, pour ces deux questions.
(2) Cf. Heusler : *Inst.*, I, p. 231.

d' « indivisions », ou « raffrarachments ». Fondées dans un but d'économie et aussi pour éviter de diminuer le rendement économique de la terre par son morcellement, ces communautés conservaient dans leur ensemble l'ancien type familial ; seulement on y rencontrait des influences contractuelles nombreuses (1).

Dans un autre but, celui de conserver le rang et l'éclat de la famille par l'unité et l'impartageabilité du patrimoine familial, se constituèrent dans la petite noblesse des Ganerbschaften de chevaliers, et dans la haute noblesse des « Erbverbrüderungen » (2). La question de savoir si les Erbverbrüderungen étaient à l'origine de simples pactes de famille, ou bien de véritables communautés zu Gesammter Hand, ne se discute plus aujourd'hui ; cette dernière opinion est généralement acceptée.

Enfin dans la bourgeoisie se développèrent sur le principe de la Gesammte Hand les « Arbeits et Erwerbs Gesellschaften », dont l'origine familiale est clairement indiquée par le Sachsenspiegel (3), la société de commerce (Handelsgesellschaft), la « Rhederei » ou société d'armateurs (4).

Puis le droit féodal lui-même s'empara du principe de la Gesammte Hand pour l'introduire dans l'institution de l'investiture en main commune (Belehnung zu Gesammter Hand). Les principes de la théorie de la propriété en main commune y sont particulièrement saillants, surtout quant à la

(1) Giercke : *Deutsch. Privatr.*, p. 665. — Bluntschli. *Zurich. Rechtsgesch.*, p. 450 et suiv. — Heusler : *Inst.*, I, p. 221 et suiv. — E. Huber : *Schweiz. Privatr.*, IV, p. 250 et suiv. Cf. *infra*, chap. IV, p. 354 et ss. L'apparition d'étrangers dans ces Gemeinderschaften paysannes se rencontre déjà au XIIIe siècle.

(2) Gierke : *Genossenschaftsrecht.*, I, p. 425 et suiv. — Heusler : *Inst.*, I, pp. 222, 234 et suiv. — Beseler : *Erbverbrüd.*, I, p. 81 et suiv.

(3) *Sachsensp.*, I, art. 12.

(4) Gierke : *Genossenschaftsrecht.*, III, p. 424, I, p. 967. — Schmidt : *Handelsgesellscht. in den deutsch. Stadtrechtsquellen des M. A.* — Behrend : *Handelsrecht.*, § 63. — Goldschmidt : *Handb.*, p. 340 et suiv.

règle d'une pluralité de personnes apparaissant comme une unité dans les rapports externes de la collectivité avec les tiers (1).

Dégagée de l'obligation d'une vie familiale en commun, la Gesammte Hand trouva aussi son application dans les cas fréquents où plusieurs personnes voulaient s'unir pour atteindre un but spécial et déterminé ; et en même temps il fut possible d'admettre que les droits des communistes ne porteraient exclusivement que sur un seul objet, une seule créance ou une seule obligation et non plus sur un patrimoine dans son entité, comme c'était la règle antérieurement. Et peu à peu les personnes qui s'unissaient entre elles purent désormais n'avoir plus en vue qu'un seul des effets propres à la Gesammte Hand ; et voilà pourquoi, en envisageant seulement son régime de transmission successorale particulier, dans les Erbverbrüderungen et les Gesammtbelehnungen, la Gesammte Hand fut de plus en plus employée dans le but unique de fonder ou de conserver certains droits de succession, tandis que l'idée d'une communauté dans ses effets plus généraux s'effaçait peu à peu.

Malgré l'arrivée postérieure du droit romain (2), le régime de la Gesammte Hand tint ferme. Ler romanistes qui voulaient faire rentrer les Gemeinderschaften zu Gesammter Hand dans les catégories latines de la « societas » ou de la « communio », reconnaissaient cependant de graves « modifications » apportées aux principes de ces dernières. Les Germanistes au contraire font à ce sujet leurs premières tentatives pour opposer une conception du droit germanique et national aux idées romaines et étrangères (3). Et en même temps les législations particulières des pays Allemands rè-

(1) Cf. Stobbe : *Zeitsch. f. Rechtsgesch.*, IV, p. 243 et suiv. — Giercke : *Deutsch. Privatr.*, p. 666. — Homeyer : *Sachsenspiegel*, II, p. 457. — Dunker : *das Gesammteigenthum*, p. 80. — Gerber : *Deutsch. Privatr.*, § 116. — Heusler : *Inst.*, p. 233. — Verdelot : op. cit., p. 39. — Cf. *infra*, chap. IV, p. 360.

(2) Cf. *infra*, chap. I, p. 31 ; chap. II, p. 174.

(3) XVIe siècle. Cf. *infra*, chap. I, p. 32 et suiv.

glent quelques formes de communautés dans le sens de la Gesammte Hand (1) ; parmi les grandes codifications, le Landrecht prussien se rapprochait en de nombreux points de la conception Allemande de la Gemeinderschaft (2).

Au XIXe siècle, à côté du mouvement qui fait sortir de l'oubli les principes allemands sur le régime des associations, un travail parallèle s'accomplit pour le régime des communautés. Au début les germanistes avaient confondu les conceptions de communauté en main commune et de corporation sous le même nom de « Kœrperschaft ». Mais depuis que divers travaux ont démontré que c'était assimiler sous le même terme deux principes juridiques très différents entre eux, la théorie particulière de la Gesammte Hand s'est formée peu à peu, et malgré les efforts des romanistes elle a trouvé en Allemagne, grâce à l'élasticité de ses principes, de nombreuses applications, dans le droit moderne qui précède l'apparition du Bürgerliches Gesetzbuch.

En matière d'associations familiales, la Gesammte Hand trouve place dans tous les régimes de communauté entre époux, et, dans la communauté continuée, on la rencontre toutes les fois que les enfants y apparaissent comme membres de cette communauté (3).

A la copropriété entre cohéritiers, qui dans le droit commun de l'Allemagne se trouve régie par le droit romain, certains Landrechte donnent au contraire le caractère d'une propriété en main commune (4), et même dans le droit commun on trouve quelques traces de la Gesammte Hand. De plus les Ganerbschaften nobles et les communautés ou Gemeinsderschaften paysannes, qui ne disparaissent que lentement et laissent des traces jusqu'à nos jours, conservent dans

(1) Giercke : *Genossenschaftsrecht.*, III, p. 818 et suiv.

(2) Ainsi dans la copropriété, le droit des sociétés, la communauté de cohéritiers.

(3) Cf. *infra*, chap. II.

(4) Particulièrement le *Preuss. Landrecht*, I, 17, § 115 et suiv. — Cf. Giercke : *Genossenschaftstheorie*, p. 361.

leur structure l'ancien caractère de copropriété germanique (1).

Dans les régimes de sociétés d'origine conventionnelle, les sociétés de commerce, toutes les fois qu'elles ne sont pas douées de la personnalité juridique, sont construites sur le type d'une communauté de personnes « zu Gesammter Hand (2) ». En première ligne, nous rencontrons les sociétés en nom collectif (3), et Stobbe fait remarquer, pour justifier dans ce cas l'application de notre principe, que la forme primitive de ces sortes de sociétés de commerce était originairement liée à la coutume d'une vie en commun (4); en cette matière, la pratique elle-même est dans ce sens (5). Puis nous trouvons les sociétés en commandite simple (6) et même les sociétés en commandite par action qui se conforment aux mêmes principes (7). En outre, la conception de la Gesammte Hand a pris une extension particulière sous la forme d'association maritime de la « Rhederei » ou société d'armateurs (8).

Dans les règles qui régissent les sociétés civiles, on rencontre aussi la Gesammte Hand, dans certaines législations

(1) V. Giercke : *Genossenschaftstheorie*, pp. 345, 348, 356, 357, 920. — *Infra*, chap. IV, p. 332 et suiv.

(2) Giercke : *Genossenschaftstheorie*, pp. 435 et suiv. — Behrend : *Handelsrecht*, § 62. — Kuntze et Dernburg étendent ce principe même aux sociétés par actions. — *Idem* Jolly, Brinkmann. — *Contra*, Goldsmidt : *Syst.*, § 42.

(3) Giercke : *Deutsch. Privatr.*, p. 670. *Genossenschaftstheorie*, pp. 435 et suiv. — Beseler : *Syst.*, § 229. — Behrend : *Handelsrecht*, § 63. — Bluntschli : *Deutsch. Privatr.*, § 58.

(4) Stobbe : *Handbuch*, II, § 82. — Cf. Heusler : *Inst.*, I, pp. 231, 247.

(5) Giercke : *Deustch. Privatr.*, p. 670, note 38.

(6) Cf. Giercke : *Genossenschaftstheorie*, pp. 51, 453, 460.

(7) Goldschmidt : *Syst.*, § 63. — Giercke : op. cit., pp. 52, 455, 461; *contra*, Endemann.

(8) Giercke : *Deutsche Privatr.*, p. 671. *Genossenschaftstheorie*, pp. 53, 846 et les notes, p. 319.

aussi bien anciennes que modernes (1). Dans le droit commun de l'Allemagne, c'est, il est vrai, la conception de la société romaine qui domine ; mais on reconnaît cependant en général qu'il est possible conventionnellement de modifier ce régime dans le sens de la conception germanique.

D'ailleurs, cette communauté juridique zu Gesammter Hand s'était infiltrée peu à peu soit dans les lois particulières, soit dans les coutumes locales, et nombreuses sont les traces, en dehors des applications les plus importantes que nous venons de relever, des principes de la propriété en main commune (2).

Enfin, mentionnons le rôle particulier que la Gesammte Hand peut jouer en matière de créances ou d'obligations ; plusieurs créanciers peuvent se trouver former une communauté zu Gesammter Hand, de même que plusieurs débiteurs peuvent être obligés en main commune (3).

De même, plusieurs personnes chargées d'un pouvoir de représentation (plusieurs mandataires, plusieurs tuteurs, etc.) peuvent s'unir entre elles et agir d'après les règles d'une Gemeinderschaft zu Gesammter Hand (4). La même situation peut se présenter lorsque plusieurs actionnaires d'une société, par exemple, s'assemblent pour ne représenter qu'une seule part (5).

En Suisse, nous assistons à un développement analogue de l'institution juridique de la Gesammte Hand (6). La co-

(1) Gierke : *Genossenschaftsrecht*, II, p. 819. — *Preuss Landr.*, I, 17, § 169. — *Sæchs. Gesetzb.*, §§ 1367, 1386 et 2075.

(2) Voy. à ce sujet Gierke : *Deustch. Privatr.*, p. 672. *Genossenschaftsrecht*, III, p. 819. *Genossenschaftstheorie*, p. 361. — Stobbe : *Handbuch*, II, § 82.

(3) Gierke : *Deutsch Privatr.*, p. 673.

(4) Gierke : op. cit., p. 647.

(5) Comparez la loi du 1er avril 1893, art. 4, en faveur des petits porteurs d'actions. Voy. aussi les règles relatives à la masse des créanciers d'une faillite, art. 529 à 541, Cod. com. Gierke : op. cit., p. 674.

(6) Cf. M. Huber : *Gemeinderschaft*, §§ 1 et suiv. — E. Huber : *Schweiz. Privatr.*, I, § 76.

propriété en main commune y a existé et y existe encore au sens germanique de Giercke et de Heusler. Et ses origines y ont la même base familiale. Née également de la communauté entre cohéritiers, la Gesammte Hand trouve sa plus grande extension au moyen-âge dans le Hausvermœgen. Mais tandis que les Ganerbschaften et les communautés paysannes ont presque disparu dans l'Allemagne actuelle, en Suisse au contraire, sous l'influence des droits alamans et burgondes, ces Gemeinderschaften rurales ont joué un très grand rôle jusqu'au XVIIe siècle et on en trouve encore de très nombreuses traces actuellement (1).

On rencontre d'ailleurs aujourd'hui en Suisse aussi le principe de la Gesammte Hand comme dominant dans les régimes de communauté entre époux, ainsi que dans la communauté continuée à la mort d'un des époux (2), et dans la copropriété entre cohéritiers (3) ; la copropriété germanique est la base dans les villes des institutions telles que les Arbeits et Erwerb Genossenschaften, et les sociétés de commerce soit en nom collectif, soit en commandite.

Dans la législation suisse actuelle, dans les Codes de Zurich, de Schaffouse et de Graubünden, nous retrouvons les principes de la Gesammte Hand. La copropriété y appartient à une communauté durable qui repose sur une association de personnes ou sur des situations familiales qui ne sont pas menacées dans leur existence par un partage obligatoire (4).

(1) Cf. *infra*, chap. IV, pp. 362 et ss.

(2) *Infra*, chap. II, pp. 208 et suiv.

(3) E. Huber : *Schweiz. Privatr.*, II, p. 441.

(4) Les Codes de Schaffouse (1863-1865) et de Graubünden (1862) suivent la législation de Zurich. Le Code de Zurich est très important à cause de son esprit profondément germanique. Il est le seul qui parle de Gesammteigenthum. Il est l'œuvre de Bluntschli (1853-1855). Une nouvelle rédaction en a été faite en 1887 par Schneider, d'après Bluntschli. Pour la question qui nous occupe comparez les §§ 567, 568, 569, 570 de l'ancien Code et l'art. 560 du nouveau Code. — Cf. Bluntschli : *Privatr. Gesetzbuch. f. den Kanton Zuric*, sous

Enfin, la pratique en Suisse est tout à fait dans le même sens que les partisans de la théorie de la Gesammte Hand ; ainsi en matière d'obligations, on admet qu'il n'y a pas une copropriété ordinaire entre plusieurs créanciers ou plusieurs débiteurs ; on est d'accord pour accepter une théorie qui empêche l'aliénation de toute quote-part avant qu'une liquidation ne soit intervenue. De même, en matière de successions on peut dire que la jurisprudence applique les principes de la Gesammte Hand entre cohéritiers ; elle reconnaît en effet que tant qu'un partage n'est pas intervenu, un cohéritier ne peut donner quittance pour sa part ; il faut que la quittance soit fournie par l'ensemble des cohéritiers ou par un représentant (1).

§ III. — Les divers cas d'application de la Gesammte Hand que nous venons de parcourir sont plus ou moins controversés, soit par les adversaires de la copropriété germanique, soit même par les partisans de ces principes qui ne sont pas toujours d'accord pour déterminer les insti-

le § 567. Il reconnaît là un Gesammteigenthum — *Idem* Bluntschli : *Deutsch. Priv.*, I, § 58, note 10, p. 161. — *Contra* Schneider : *Privatrechtliches Gelsetzbuch f. den Kanton Zurich*, sous le § 560, où il nie ce Gesammtheigenthum et le supprime dans cette nouvelle codification, chose remarquable à l'époque où justement la théorie de la Gesammte Hand apparaît avec le plus de force.

(1) Je dois ces renseignements à l'amabilité de M. Eugène Huber, l'éminent rédacteur du projet actuel du Code civil suisse, qui, malgré ses graves occupations a consenti à m'accorder chez lui quelques instants d'entretien. Je suis heureux de pouvoir à cette place, c'est-à-dire aussitôt que l'occasion m'en a été donnée, lui exprimer ma gratitude pour son accueil si affable et lui témoigner toute ma respectueuse admiration. Je remercie vivement aussi ici un de nos plus brillants professeurs de droit comparé, M. Saleilles, qui, avec sa bonne grâce habituelle, a bien voulu me donner une lettre d'introduction auprès de M. Huber, et m'a permis ainsi de recueillir de nombreux documents pour ma thèse.

Je tiens à reconnaître en même temps que l'idée première de la théorie que je soutiens dans ces pages a été puisée dans son cours de 1899-1900.

tutions basées sur eux (1). Il est vrai que l'élaboration du système lui-même, d'origine récente, a donné lieu à de nombreuses discussions, et si aujourd'hui ce dernier a pour lui un très grand nombre d'auteurs, on ne peut pas le considérer encore comme universellement accepté.

Le droit allemand s'est trouvé, jusqu'à une époque très moderne, soumis à l'influence de la législation romaine, qui a eu en Allemagne pendant longtemps la place d'honneur, effaçant ainsi complètement le souvenir du droit germanique. Et lorsque plus tard, quelques auteurs, les germanistes, veulent rechercher les éléments nationaux de la législation allemande, la lutte commence entre ces derniers et les romanistes qui tiennent ferme à l'ancienne doctrine. Celle-ci a pour elle une assiette séculaire, et la lutte dure encore jusqu'au B. G. B. (2) et pendant les travaux de rédaction de ce dernier elle a eu un caractère d'âpreté particulière.

Mais malgré cette « réception » (3) du droit romain, on pouvait dire que le droit germanique n'était pas complètement effacé ; il subsistait en effet dans les droits particuliers des Etats et surtout dans les usages et les coutumes (4).

(1) Cf. à ce sujet, Dunker : *das Gesammteigenthum*. — Hasse : *Beitrag zur Revizion der bisherigen Theorie von der ehel. Gütergem*, dans *Zeits h. f. gesch. Rechtswiss*, IV, 1818, p. 60. — Philipps : *die Lehre von der chel. Gütergem.* — Eichhorn : *Deutsch. Rechtsgesch*, surtout t. III. — Mittermaier : *Deutsch. Privatr.*, II §§ 387 et suiv. — Giercke : *Deutsch. Privatr.*, pp. 660 et suiv. *Genossenschaftstheorie*, surtout chap. III. — Heusler : *Inst.*, t. I, pp. 225 et suiv. — Sohm : *die deutsch. Genossenschaft* dans *Festgabe der Leipsik. Facultaet fur Windscheid.*. pp. 139 et 181. — Verdelot : op. cit., pp. 20 et suiv. — Stobbe : *Handbuch*, t. I, p. 436 ; II, §§ 80 et suiv. ; IV, §§ 239 et suiv. *Zeitschrift. f. Rechtsgesch*, IV, pp. 228 et suiv.

(2) Nous désignerons dorénavant le nouveau Code civil allemand par cette abréviation.

(3) Sur la question de la « réception » du droit romain en Allemagne, cf. Giercke : *Deutsch. Privatr.*, pp. 8 et suiv. Il y a pour lui deux époques de cette renaissance : une première au XIIe siècle, et une seconde, celle de la véritable réception, vers le milieu du XVe siècle.

(4) Giercke : *Deustch. Privatr*, pp. 17 et suiv.

Au XVIIIe siècle naît et grandit en Allemagne un mouvement que l'on peut désigner sous le nom de « Renaissance du droit Allemand ». Mais c'est au XIXe siècle surtout avec le désir qu'exprime toute l'Allemagne, à commencer par Thibaut et Savigny, de posséder une législation uniforme que les deux partis des romanistes et des germanistes s'opposent clairement l'un à l'autre et que les seconds arrivent à construire leurs théories (1).

L'histoire du Miteigenthum zu Gesammter Hand en particulier ne commence guère qu'à partir de ce moment, bien que ce soit déjà au XVIIIe siècle que se forme la conception nouvelle. Avant cette époque, et pendant toute la première moitié du XVIIe siècle les auteurs allemands disent bien que pour certaine forme de la propriété collective on ne peut se contenter des principes établis par le droit romain, mais si on va au fond de leurs théories ils ne s'écartaient guère en fait de ce dernier (2).

Le jurisconsulte connu sous le pseudonyme de Justus Veracius semble être le premier qui ait adopté cette forme de copropriété, au sens d'un condomunium plurium in solidum des juristes postérieurs, et ceci à l'occasion de la communauté de biens entre époux (3). Mais telle est la force de l'influence latine à cette époque que plus loin Justus Veracius cherche à démontrer qu'un tel principe de propriété n'est pas étranger au droit romain (4).

(1) Giercke : op. cit., pp. 20, 25 et suiv.

(2) Pour l'histoire de la théorie de la Gesammte Hand, cf Stobbe : *Handbuch*, I, § 50. *Zeitsch. f. Rechtsg.*, IV, p. 207, 248. — Giercke : *Deutsch. Privatr.*, pp. 90 et suiv. *Genossenschaftsrecht*, I, p. 424 ; II, pp. 924, 947. *Zeitschr. f. Rechtsgesch*, XII, p. 485. — Kohler : *Z. f. franzœs. Civilr.* IX, pp. 276 à 284. — *Iehring's Iahrb.*, XVIII, pp. 377 et suiv. Surtout Dunker : *Das Gesammteigenthum* pp. 2 et 11.

(3) « Et maritus et uxor dicere potest totum patrimonium meum est. » *Libellus consuet principatus Bambergensis autore Justo Veracio primum in lucem editus anno Christi* 1681, tit. Communio bonorum inter conjuges. quaest, I. Voy. texte cité chap. II, p. 182.

(4) Plus tard, Kohle a cherché à démontrer la même idée. Cf. op. cit.

D'ailleurs les règles de ce dernier sont presque exclusivement admises encore après Veracius. Dans une dissertation de Langsdorff qui a en vue la Ganerbschaft (1), toute la construction a lieu d'après les principes du droit de Rome : comme seule influence propre au droit allemand cet auteur semble reconnaître que cette forme de propriété collective a donné naissance aux « Retract et Successionsrecht ». Eisenhart (2) et Schmidt (3) après lui ne font que répéter les arguments de cette dissertation.

Ce n'est guère que depuis le milieu du XVIII[e] siècle que le Gesammteigenthum devient d'une connaissance plus générale. Hofacker (4) nous apparait comme le premier jurisconsulte appliquant à plusieurs situations juridiques la Gesammte Hand comme un principe d'un genre particulier, mais sans définition spéciale. Ce Gesammteigenthum admis aussi par Runde (5) trouva un actif défenseur en la personne de Danz (6), et Gluck (7) adopte le même point de vue. Tous ces auteurs sont d'avis que ce Gesammteigenthum est une forme de propriété qui a ses racines particulières dans le droit allemand.

Hasse (8) au contraire cherche à démontrer plus tard, qu'il ne faut pas considérer cette copropriété comme propre au droit germanique ; pour lui elle n'est pas étrangère au droit romain ; par suite, comme tous les romanistes, il repousse

(1) *Dissert. Jurid. qua primas lineas condominii pro indiviso sive ganerbiatu derer Gemeinds Herrschaften ad mores Germaniæ hodiernos in Georg a Augusta D. XVII. Martii 1736, præside Henrico Christiano Senkenberg ducere et deffendere aggreditur Georgius Melchior Langsdorff.*

(2) *Inst. Juris. Germanici.* 1753. lib. 2. t. 2. §§ 24 et suiv.

(3) *Princip. Juris Germanici.* 1756 t. 2, lib. 2, §§ 7 et 8

(4) *Princip. Juris Civilis.* 1794 t. 2, §§ 909, 910.

(5) *Deutsch. Privatrecht.* § 263.

(6) *Commentar.* lib 2, § 263.

(7) *Commentar.* B. 8, § 527.

(8) *Beitrag z. Revision der bish. théorie, v. d. ehel Gütergemeinschaft*, 1808. § 30.

l'idée d'un condomunium plurium in solidum car il n'y a de possible que copropriété ou personnalité juridique. Et à la place du Gesammteigenthum il avait appliqué à un cas particulier, au régime de communauté de biens entre époux, une conception qui fut étendue plus tard par Eichhorn (1) au Gesammteigenthum en général, celle d'une personne morale comme sujet du patrimoine commun.

Cette idée de personnalité juridique, nous la trouverons plus près de nous soutenue par Phillips (2) dans les mêmes cas où l'adoptait Eichhorn.

Jusque là d'ailleurs la doctrine des germanistes s'était surtout attachée à démontrer l'existence d'un Gesammteigenthum propre au droit allemand sans entrer dans une exposition précise de cette conception juridique. Cette définition du principe a été tentée surtout récemment par Beseler que l'on peut considérer comme le promoteur de la théorie actuelle (3). Bluntschli s'attache au même point de vue que Beseler (4).

En face de ces doctrines favorables nous trouvons de

(1) Op. cit, I, §§ 62 et suiv. III. §§ 451 et suiv.

(2) *Grundsætze des gemeinen Deutsch. Privatr.* 1838. I. § 86.

(3) *Die Lehre von den Erbverträgen* 1835, I, pp. 73 et suiv. « Das resultat der vorgelegeten Untersuchung, dit-il à la page 87, ist dieses : im deutschen Recht kann der Begriff des Eigenthums, als eines ausschliesslichen, untheilbaren Rechts nicht durchgeführt werden ; es lassen sich verchiedene Institute nachweisen, bei welchen das Eigenthum an derselben Sache gleichmæssig mehreren Personen zustand, indem eine Collision der in demselben liegenden Befugnisse durch das Wesen und die Natur des Verhæltnisses vorin jene Personen sich befanden und durch besondere Vereinbarungen vermieden wurde. Wer es versucht, wie Hasse, diese Fælle unter den allgemeinen Gesichtspunkt einer mystichen Person zu bringen, der bedient sich einer Fiction welche hier nicht angemessen ist, und auf keinen Fall dazu benutzt werden darf, um aus ihr rückwartz Folgerungen für die Beurtheilung eigenthümlicher Instituten zu ziehen. » Cf. *System* II. § 83.

(4) *Staats u. Rechtsgesch. der Stadt u. Landschaft Zurich*, 1838 I, p. 78. *Deutsch. Privatr*, I, §. 58.

nombreuses théories contraires à la propriété en main commune.

Maurenbrecher (1) l'a complètement rejetée. Mittermaier qui, dans les premières éditions de son *Deutsches Privatrecht* (2), l'avait donnée comme une forme de propriété au moins acceptée généralement, cherche à démontrer dans sa cinquième édition qu'il n'est pas nécessaire d'admettre le Gesammteigenthum dans le droit allemand.

Dunker lui aussi s'attache à mettre de côté la conception d'une copropriété zu Gesammter Hand d'origine germanique (3) ; il affirme que les principes de la propriété collective en Allemagne ne sont pas différents de ceux de l'indivision romain en ce sens que les diverses formes de communauté que l'on rencontre sont des applications d'une copropriété conçue d'après la règle de quotes-parts déterminées, formant, même avant tout partage, un droit propre à chacun des indivis. Dans son ouvrage, très riche en sources juridiques, il parcourt les diverses institutions dans lesquelles les défenseurs du Gesammteigenthum ont voulu voir un système différent à la fois de la personnalité morale et du condominium romain, et il cherche à démontrer que ces différents auteurs concordent en fait dans leurs explications avec la conception romaine et qu'il n'y a par suite pas lieu d'avoir recours à une troisième forme de propriété collective.

A côté de cet ouvrage se trouvent les travaux plus ou moins clairs de Hermann, Gerber (4), Walter, Kohler (5).

De nombreuses voix se sont élevées depuis contre cette doctrine romaniste de Dunker, principalement Homeyer

(1) *Deutsch. Privatr.* 1834. § 187.

(2) § 139.

(3) *Das Gesammteigenthum* : 1843, §§ 4 et suiv.

(4) *Deutsch Privatr*, § 77. *Iarhb. f. die Dogmatic*, II, pp. 379 et suiv. — Cf. une critique de Gerber dans Stobbe. *Zeitsch f. Rechtsgesch* IV, p. 216.

(5) Op. cit.

(1) et Stahl (2). Il existe en effet, parmi les institutions allemandes, une série de situations juridiques, dans lesquelles les droits individuels des membres sur le patrimoine d'une collectivité pendant la durée de l'indivision, au lieu d'apparaître sous la forme de parts exactement délimitées, ne constituent qu'un quote d'une existence évidemment certaine, mais dont la valeur ne se trouvera précisée que par le fait du partage ; les adversaires du Gesammteigenthum ont porté une grave atteinte au caractère même du droit allemand en voulant établir dans ces cas particuliers le principe romain de la division en quotes-parts déterminées. Aussi de nos jours de nombreux auteurs reprenant la théorie germanique de Beseler et de Bluntschli ont-ils enfin construit entièrement le système de la Gesammte Hand sur les bases solides de l'histoire : telle est l'œuvre que l'on doit à des jurisconsultes tels que Heusler (3). Stobbe (4) Giercke (5), Max Huber (6) Eugène Huber (7).

Malgré ce grand nombre de travaux en faveur de la théorie, la Gesammte Hand n'est cependant pas encore maintenant universellement acceptée dans la science juridique et nous trouvons encore des adversaires comme Roth (8) et Ioerges (9).

(1) *Sachsenspiegel*, II, 2, p. 457.

(2) *Philosophie des Rechts*, II, I, p. 386.

(3) *Inst.*, I, pp. 224, 252.

(4) *Handbuch* I § 49, II, §§ 81 et 82, IV, §§ 230 et suiv. *Zur Geschichte der Vertragsrechte*, pp. 145 et suiv. *Zeitschr. f. Rechtsgesch*, IV, pp. 228 et suiv.

(5) *Deutsch Privatr.*, 1895, p. 660 et suiv. *Die Genossenschaftstheorie und die Deutsche Rechtsprechung* 1887, chap. III *Deutsches Genossenschaftsrecht* 1881, t. I, II, III *Zeitschr. f. Rechtsgesch.* XII, 1876. *Beilage zur allgemeinen Zeitung*, 1891, n° 223 *Untersuchungen zur deutschen Staats u. Rechtsgesch.*, 1889. — *Die Vereine ohne Rechtsfæhigkeit.*

(6) *Gemeindersch. der Schweiz.*, §§ 1 et suiv.

(7) *Schweitz Privatr.*, I, p. 2 8, III, §§ 73 et suiv., IV § 108, § 121 — Cf. Sohm. *Die Deutsch. Genossenschaft.*

(8) *Bayerisch Civilr.*, II, § 137. *Deutsch. Privatr.*, II, § 102.

(9) *Zeitschr. f. das Handelsrecht.*, XLIX et LI.

§ IV. — Nous allons maintenant entrer dans les détails concernant les règles juridiques qui donnent à la conception du Miteigenthum zu Gesammter Hand sa physionomie propre.

La Gesammte Hand est une forme de la propriété collective : le sujet doit donc être représenté par une collectivité. Et en fait ici le sujet des droits et des objets constituant le patrimoine est non pas une personne unique, mais une pluralité de personnes (Personenmehrheit) que l'on peut appeler avec Giercke une « collectivité unifiée » ou une « unité collective » *(eine geeinte Vielheit und eine kollektive Einheit...)* (1) car cette pluralité de personnes, de communistes, apparaît en même temps à l'extérieur comme une personne unique (Personeneinheit) (2) : toutes les fois en effet qu'il y avait communauté zu Gesammter Hand, les divers membres, dans la forme primitive de l'institution qui nous occupe, unissaient leurs mains ensemble dès qu'il s'agissait d'accomplir un acte en commun, afin de bien marquer par ce symbole qu'ils ne formaient en réalité qu'un seul corps. La Gemeinschaft zu Gesammter Hand est une communauté dans laquelle les diverses personnes unies entre elles ne sont que les soutiens indistincts d'une sphère commune ; nous voyons ici apparaître à l'état de conception juridique l'idée d'une unité basée sur une collectivité de communistes ; à l'intérieur, les membres se séparent et se distinguent très bien les uns des autres et c'est la volonté de tous qui règne comme volonté unique, mais à l'extérieur, c'est la communauté, l'être unique qu'elle forme, qui, d'une manière en quelque sorte unifiée (einheitlich) acquiert, s'oblige et agit (3). A l'extérieur, dans les rapports de la collectivité avec les tiers, ces Gesammthænder, qui s'individualisent dans les relations intérieures, apparaissent, pris dans leur ensemble, comme un être unique dans lequel se confond l'individualité de cha-

(1) Giercke : *Genossenschaftstheorie*, p. 343.
(2) Stobbe : *Zeitsch. f. Rechtsgesch.*, IV, p. 219, *Handbuch*, II, § 81.
(3) Giercke : *Deutsch. Privatr.*, p. 664.

cun des membres, unité qui, seule, est prise en considération. Lorsque les communistes sont créanciers ou débiteurs en commun, cette unité apparaît clairement. Les droits de la communauté contre un tiers et ses obligations envers celui-ci n'appartiennent qu'à elle et ne peuvent être poursuivis que contre elle. Cette communauté, extérieurement, forme un tout. Et cet être unique, ce tout, cette « *Personeneinheit* », comme tel, a une pleine capacité juridique ; il est capable de droits et d'actions.

A ce titre, la communauté peut avoir des droits et des obligations ou un patrimoine qui n'appartiennent pas, il est vrai, à un être collectif séparé et distinct des associés, mais qui ne sont pas non plus propres à chacun des membres individuellement. A ce sujet juridique peuvent être accordés dans les mêmes conditions non seulement des droits de propriété ou autres droits réels, des créances ou des dettes, mais même aussi certains droits qui sont spéciaux aux personnes physiques (nom, domicile. . . .) (1).

Cette capacité juridique de la communauté comprend également le droit d'action. Activement et passivement les actions ne peuvent être intentées que par ou contre la communauté comme telle. Un communiste seul n'a pas le droit d'intenter un procès ou d'y défendre à moins qu'il ne lui en ait été conféré le pouvoir (2).

Il n'y a cependant pas dans cette conception d'une unité supérieure la moindre idée d'un être moral, d'une personne juridique distincte ; car dans l'être moral, dans l'individualité séparée que celui-ci forme, l'existence des membres disparaît ; c'est la personne morale seule qui existe, qui agit : dans la Gesammte Hand, au contraire, l'unité extérieure est une forme complexe, qui, si elle se manifeste dans les rapports externes comme une seule personne, n'en est pas moins le composé de plusieurs individualités, lesquelles, tout en formant un être unique, n'abdiquent pas leur per-

(1) Giercke : *Deutsch. Privatr.*, p. 682, note 92.
(2) Max Huber : op. cit., § 10.

sonnalité propre, et ne restent pas moins capables de volonté et d'action. Dans cette union, les divers membres de la Gemeinderschaft ne forment pas une personne distincte d'eux-mêmes ; car ici, dans la volonté dirigeante commune, la volonté particulière de chacun d'eux à sa valeur, est retenue, et reste reconnue comme facteur principal ; il y a, il est vrai, aussi dans la personnalité juridique, en dehors et au-dessus des individus, une volonté commune, mais dans ce cas cette volonté est indépendante des volontés individuelles et elle se trouve personnifiée à l'égard de celles-ci par un organisme collectif autonome (1).

Dans la Gesammte Hand, au contraire, le sujet est formé de tous les membres ensemble ; ce sont tous les communistes qui agissent, qui ont des droits, qui sont propriétaires, c'est leur volonté à tous qui dirige. Et ce qui montre bien cette composition collective de cet être unique qui est la Gemeinderschaft zu Gesammter Hand à l'extérieur, c'est que, lorsqu'il n'y a pas de représentant, tous les membres ensemble, seuls, la représentent, et doivent intenter les actions qui lui compètent ou y défendre (2). Il n'y a donc pas, dans notre cas, une personne distincte des membres de la communauté ; les communistes ne s'unissent pas pour former un nouveau sujet de droit, mais pour constituer dans leur ensemble une seule unité au lieu de posséder individuellement certains droits réels ou autres. Ce sont ces différentes personnes unies entre elles qui apparaissent comme sujet de la situation juridique. Elles se montrent, il est vrai, à l'extérieur comme un seul individu, mais pour toutes les relations intérieures, l'individualité reprend sa force. Il y a une personne collective (*Gesammtperson*) formée de plusieurs individualités, mais non une personne juridique qui serait séparée des membres de la collectivité : ce sont ces derniers et non un

(1) Giercke : *Genossenschaftstheorie*, p. 343. Cf. *infra*, chap. I, pp. 74, 77.

(2) Max Huber ; op. cit., § 1.

autre être, qui sont propriétaires du patrimoine commun (1).

La communauté zu Gesammter Hand, lorsqu'elle agit, représente donc une volonté commune dans une forme unifiée, volonté qui ne se sépare pas comme volonté propre, des différentes volontés individuelles unies en une seule. Il est intéressant de parcourir en quelques lignes le jeu réciproque de l'unité extérieure doublée de la collectivité interne des membres.

A l'extérieur, la communauté apparaît comme une unité, c'est-à-dire que les Gesammthænder sont créanciers ou débiteurs tout ensemble *(ingesammt)* : la réalisation des droits appartenant à la collectivité contre un tiers ne peut être obtenue que par la collectivité seule, et l'exécution des obligations collectives ne peut être poursuivie que contre la seule collectivité. L'effet d'un acte qui compte comme acte de la personne une, agit pour la Personeneinheit, de sorte que les diverses personnes associées deviennent indivisément créancières ou débitrices dans la sphère de la collectivité, tandis que, dans leurs sphères individuelles, elles ne sont ni créancières, ni débitrices.

A l'intérieur, ce principe d'une unité juridique n'existe plus, ou du moins perd sa force. Bien plus, la Gesammte Hand se résout en droits et obligations respectifs des membres entre eux, car elle n'a pas d'intérêts qui puissent être différents de ceux des personnes qui, dans leur ensemble, constituent son unité. Cela n'empêche pas cependant certaines oppositions de pouvoir se produire entre la sphère commune de la collectivité unifiée d'une part, et les différentes sphères individuelles de chacun des membres ; et dans ce cas la communauté comme telle peut très bien être placée en regard de l'un des membres comme sa créancière ou sa débitrice (2).

(1) Stobbe : *Handbuch*, I, § 49, II, § 82.

(2) Cf. Gierke : *Deutsch. Privatr.*, p. 683.

A l'intérieur la communauté est régie par la volonté commune unifiée des différents communistes et cette volonté n'apparaît que dans l'accord de tous les Gesammthænder. Dans beaucoup de Gemeinderschaften zu Gesammter Hand les déterminations sont prises à la majorité des voix : quelquefois ce droit de décider est donné à un certain nombre de membres et presque toujours la réalisation de cette volonté ainsi exprimée se trouve dans la main d'un chef de communauté ou de plusieurs membres agissant ensemble (1).

Si l'être collectif n'est pas distinct des membres qui le composent et si ceux-ci conservent leur personnalité, il ne faut pas cependant considérer les différentes personnes dont la réunion forme le sujet de la Gesammte Hand comme plusieurs individus qui existeraient et agiraient séparément et entre lesquels il n'y aurait d'autre lien que celui qui proviendrait simplement de leurs efforts semblables tendant à atteindre un but déterminé et commun. Il y a dans la communauté en main commune un lien beaucoup plus fort, qui dérive de l'association personnelle, lien que Giercke appelle une « *persœnliche Verbundenheit* (2) » et que nous avons vu à l'origine, poussé jusqu'à l'exigence d'une vie en commun (3) : moins formaliste aujourd'hui, cette union des personnes physiques n'en est pas moins encore pour la copropriété zu Gesammter Hand la cause d'une physionomie toute particulière.

Lorsqu'un semblable lien personnel n'existe pas, on peut se trouver, en matière de situations collectives, dans une des deux alternatives romaines suivantes : ou bien chacun des membres acquiert des droits ou contracte des obligations d'après les règles de la copropriété, c'est-à-dire d'après le

(1) Giercke : *Deutsch. Privatr.*, p. 687 et s. *Genossenschaftstheorie*, p. 170 et s. Dans cette organisation intérieure, nécessaire à l'expression de la volonté commune, la communauté zu Gesammter Hand éveille souvent l'idée d'une conception corporative sans cependant former une personne juridique.

(2) Giercke : *Genossenschaftstheorie*, p. 343.

(3) *Supra*, p. 20.

principe de quotes-parts déterminées, attribuées immédiatement à chacun des créanciers ou des débiteurs dans cette créance ou dans cette obligation. Ou bien au contraire chacun des associés se trouve solidairement créancier ou débiteur du tout.

Lorsqu'au contraire, et c'est notre cas, les indivis se trouvent soumis à cette « *persœnliche Verbundenheit* », les droits et les obligations des membres composant le sujet apparaissent comme partie intégrante d'une sphère commune ; ces droits et ces obligations sont en dehors de la sphère individuelle de chacun des associés et ne peuvent, par suite, leur être attribués personnellement ni pour le tout, ni pour une quote-part déterminée. Les communistes acquièrent des droits ou contractent des obligations non pour chacun d'eux individuellement, mais dans leur union « *ingesammt* » « *kollektiv* », ce qui est la négation à la fois de la conception d'une co-propriété par quotes déterminées et de la conception d'une propriété solidaire relativement aux créances et aux obligations (1).

Il ne faut pas non plus exagérer l'importance de ce lien qui existe entre les membres de la communauté et considérer cette Personeneinheit de la Gesammte Hand comme absorbant totalement l'individu ; cette unité n'agit que dans le cercle et dans la limite de la main commune, et laisse place pour une individualisation (*Sonderung*) des personnes unies en communauté. La Gemeinderschaft zu Gesammter Hand ne consiste pas exclusivement dans une sphère de collectivité ; elle crée en même temps des sphères particulières pour les Gesammthænder qui la composent, et il résulte de cette situation qu'il y a, à côté des créances et des dettes communes, des droits et des obligations iudividuels, propres à chacun de ses membres ; ces droits, si on les compare aux droits et aux obligations qui incombent aux membres en dehors de la communauté, c'est-à-dire qui leur appartiennent

(1) Giercke : *Deutches Privatr.*, p. 676.

comme simples particuliers et non comme communistes, se trouvent faire partie de la Gesammte Hand ; mais si on les oppose aux droits et aux obligations communs, ils apparaissent comme appartenant en propre aux membres (1).

Ces droits et ces obligations individuels peuvent consister en une situation particulière de l'un des membres (comme le droit de représenter seul et d'administrer la communauté) (2).

Ou bien ils peuvent constituer certains avantages ou certains devoirs pour l'un d'eux ; ainsi, par exemple, le droit de posséder et de jouir en particulier de certains biens compris dans l'actif commun (3), ou le droit de se faire attribuer ces mêmes biens par préférence, à la dissolution (4) ; ce peuvent être encore des droits à des honoraires particuliers ou à une part spéciale de bénéfices (5) ; ou bien des obligations de constituer un apport, de fournir certain travail, d'indemniser la communauté de certaines pertes qu'elle a éprouvées par la faute de l'un des membres (6).

Ces droits rentrant dans la sphère particulière des associés peuvent porter également sur le patrimoine commun ; tel est le droit indéterminé de propriété en main commune qui appartient à chacun d'eux sur les objets, les créances et les obligations dont l'ensemble forme l'objet de la communauté ; et tel est encore le droit à l'usage commun des biens compris dans ce patrimoine.

Les Gesammthænder peuvent d'ailleurs avoir en dehors du patrimoine commun, des patrimoines propres ; cette possibilité de posséder des biens à part se trouve reconnue par les plus anciennes sources juridiques (7). Et ce droit,

(1) Giercke : op. cit., p. 676.

(2) Giercke : *Genossenschaftstheorie*, pp. 512, 528, 574.

(3) *Idem*, pp. 352, 388.

(4) *Idem*, pp 392, 395.

(5) *Idem*, p. 538

(6) *Idem*, p. 534. — Max Huber : *Gemeindersch*, § 12.

(7) Max Huber : op. cit., § 13.

que l'on peut rapprocher des « peculia castrense et quasi castrense » du fils de famille romain, s'est conservé presque sans exception à travers le moyen-âge jusqu'à nos jours. Un membre d'une Gemeinderschaft zu Gesammter Hand peut donc avoir au point de vue de ses créanciers deux sortes de patrimoines : son patrimoine ordinaire, propre, et sa part du patrimoine social, à laquelle cependant ceux-ci ne sauraient prétendre avoir des droits tant que dure la communauté, et nous verrons bientôt pourquoi.

§ V. — Il nous faut parler maintenant des droits patrimoniaux qui peuvent appartenir à une communauté zu Gesammter Hand comme telle, c'est-à-dire de son objet.

Il y a précisément des différences typiques dans les divers cas d'application de la Gesammte Hand, en raison même des variétés qui se rencontrent dans sa constitution patrimoniale.

En effet si, dans bien des cas, le patrimoine commun peut être la résultante d'une union de personnes, il peut arriver au contraire que cette formation d'une communauté de personnes n'ait eu lieu qu'en vue d'une propriété commune sur un même bien. D'autre part l'objet peut consister le plus souvent en un patrimoine dans son entité (actif et passif) ou bien porter seulement sur un seul bien ou sur un ensemble de choses corporelles, sur un simple droit réel ou personnel, ou sur une obligation (1). Ces diverses formes du patrimoine commun concordent d'ailleurs en ce point que dans tous les cas l'objet de la communauté en main commune constitue une masse séparée des patrimoines qui peuvent appartenir en propre à chacun des associés individuellement.

Au moyen-âge déjà les formes les plus courantes de la Gesammte Hand avaient pour objet un patrimoine dans son entité, avec toutes les créances et les dettes qu'il pouvait comprendre : à l'origine d'ailleurs cette unité patrimoniale

(1) Giercke : *Deutsch. Privatr.*, p. 669.

se liait à la possession, par la communauté, d'un immeuble principal, auquel se joignaient de nombreuses dépendances ; de sorte que la conception abstraite d'une entité juridique se trouvait représentée sous une forme concrète par un immeuble ; par suite, dans tous les cas de communauté zu Gesammter Hand, ce fut un droit concret de propriété ou tout autre droit réel, qui resta le type de son objet.

Cependant peu à peu l'idée abstraite d'un patrimoine comme tel propre à la communauté se forme : on la rencontre de bonne heure dans la communauté entre époux ainsi que dans l'institution de la communauté continuée ; l'objet de la Gesammte Hand n'est plus ici une conception qui dépend simplement d'un seul bien corporel ; c'est dans son unité purement intellectuelle que le patrimoine est soumis à la propriété des deux époux ou du survivant et des enfants.

Peu à peu cette conception nouvelle et abstraite s'étend et dans le Landrecht Prussien on voit apparaître un patrimoine dans son entité comme objet de la communauté (1). Et cette construction atteindra son point culminant en matière de sociétés de commerce où nous trouvons cet ensemble de choses corporelles et de droits formant une unité patrimoniale séparée qui constitue un objet particulier de droits ; cette forme trouve d'ailleurs dans le droit allemand une large place et n'est pas réservée exclusivement au cas d'une Gemeinderschaft zu Gesammter Hand (2). Seulement cette conception de patrimoine séparé dans notre cas a suivi, en vertu de l'influence des principes de la copropriété en main commune, dans deux sens, un développement un peu spécial et particulier.

D'abord la séparation objective qui existe entre le patrimoine commun et les patrimoines propres des membres de la communauté a un caractère particulier qui lui vient de la

(1) *Preuss Landr.*, II, § 217.

(2) Voy. *infra*, chap. I, pp. 71 et suiv. les idées allemandes sur la personnalité juridique.

forme même du sujet de la Gesammte Hand. En effet, d'une part, le sujet étant une *Personenmehrheit*, c'est-à-dire une pluralité des membres de la communauté, et non une personne juridique distincte de ceux-ci, on ne peut guère parler que d'une séparation relative. D'autre part cependant, cette circonstance que la *Personenmehrheit* constitue une unité extérieure, et que ses membres composants n'apparaissent pas séparément, permet d'établir l'existence d'un patrimoine séparé qui, dans sa situation, se rapproche du patrimoine d'une personne juridique.

Ensuite, en vertu de la situation complexe de la Gesammte Hand qui aboutit, dans la définition de la sphère commune, à considérer celle-ci comme consistant à la fois en une unité et en plusieurs individualités, on peut arriver à concevoir le patrimoine séparé d'une communauté zu Gesammter Hand, en même temps comme un tout et comme un composé de droits et d'obligations appartenant aux membres (1).

En vertu de l'efficacité du lien personnel, de cette intime communauté que nous avons constatée à l'origine tant au point de vue des personnes que des biens (2), l'objet de la communauté en main commune apparaît comme une masse séparée dans laquelle les droits et les obligations collectifs des membres se fondent, et dont ils sont propriétaires en commun. Ils en sont propriétaires tous ensemble, ou pour mieux dire c'est l'unité juridique formée par l'union des membres qui en est propriétaire ; mais nous avons vu (3) que cette unité n'est pas une personne morale et que par suite la propriété de ce patrimoine n'appartient pas à une personne distincte des communistes : ceux-ci en restent les véritables et les seuls sujets. Mais comment se délimite dans cette unité ce droit de propriété qui subsiste en faveur de chacun des associés ?

Dira-t-on, en se reportant au principe de la solidarité, que

(1) Cf. Giercke : *Genossenschaftstheorie*, pp. 362 et suiv.
(2) Cf. *supra*, pp. 16 et suiv.
(3) Cf. *supra*, p. 40.

ce patrimoine tout entier est la propriété de chacun en particulier? Ce ne serait pas exact, l'ensemble du patrimoine n'appartient pas à chacun des communistes mais à l'unité juridique formée par ceux-ci.

Alors, faut-il se reporter aux idées de la copropriété romaine et dire que chacun des membres est copropriétaire pour une part déterminée, pour un tiers ou un quart, etc?... Encore moins, toujours pour cette même raison que l'unité juridique, la collectivité seule est propriétaire de la masse commune. Nous arrivons ainsi au principe caractéristique de la Gesammte Hand : les membres qui composent le sujet du patrimoine sont tous propriétaires des biens communs, mais il sont propriétaires *zu Gesammter Hand*, *en main commune*, c'est-à-dire sans qu'aucun d'eux, pendant la durée de la communauté, puisse prétendre à une quote-part déterminée dans l'ensemble du patrimoine. Ils sont propriétaires collectivement. « *ingesammt* » sans quote-part attribuable à chacun d'eux, et non *copropriétaires*, propriétaires chacun pour certaine part. La propriété est comme sous le couvert de la main commune : la chose, le droit ou le patrimoine appartient à plusieurs ensemble sans qu'il y ait pour aucun en particulier une quote délimitée. Ce n'est qu'à l'extérieur, à l'égard des tiers, que le droit de l'unité se trouve précisé, tandis qu'à l'intérieur on ne peut pas séparer exactement les unes des autres les sphères patrimoniales des individus. Chacun des membres de la communauté a certainement un droit de propriété sur l'objet de cette dernière ; mais, tant que la communauté dure, ce droit n'est pas bien déterminé ; ce n'est qu'à la dissolution qu'on en connaît le montant. Pendant toute l'existence d'une copropriété en main commune, les parts des communistes ne peuvent être comprises ni comme des droits particuliers à une portion précise de l'objet de la communauté, ni même comme quotes-parts idéales (1).

(1) Giercke : *Genossenschaftstheorie*, pp. 345, 346. — *Genossenschaftsrecht*, II, pp. 947, 948.

Ces parts peuvent, il est vrai, dans certains cas, donner la mesure du droit de participation des membres à la jouissance ou à l'administration des biens communs : mais toujours cette union intime et personnelle des associés exclut le principe d'une quote-part et retarde ou limite son déploiement, Dans la copropriété zu Gesammter Hand, il n'existe pas de quotes-parts pendant la durée de la communauté. Aucun des communistes ne peut prétendre être propriétaire d'une partie soit d'un objet particulier soit de la totalité du patrimoine. Tout ce qui compose ce dernier appartient aux associés indistinctement, sans détermination des droits de chacun tous ont des droits sur ces biens, mais sans pouvoir : dire où commence et où finit leur propriété, et sans pouvoir prétendre cependant être propriétaires du tout, comme dans l'idée d'une propriété solidaire, la conception juridique étant ici celle d'une véritable copropriété. Et même, lorsque par suite d'une expression du droit positif il semble que l'on puisse admettre des quotes-parts idéales, il ne s'agit que d'une idée sans fondement, dit Gierke (1), car ces quotes-parts n'ont pas de consistance réelle et ne sont pas réalisables (2).

Il n'en est plus de même au cas de dissolution, il se passe alors tout le contraire ; par le partage, le droit indéterminé du communiste devient une part exacte ; il naît alors de véritables quotes qui servent de base à la répartition des droits et des obligations entre les membres qui composaient la communauté. Mais ces quotes-parts réelles n'apparaissent pour la première fois qu'à ce moment (3) ; jusque-là, et pendant tout le temps que la communauté subsiste elles sont simplement « *schlummernd* » « *ruhend* » « *stillgestellt* » « *latent* » (4). Elles sont cachées, elles ne se révèlent pas, et dans la plupart des communautés ces quotes-parts ne sont

(1) *Genossenschaftstheorie* p. 369.
(2) Bluntschli : *Deutsch. Privatr.*, § 58.
(3) Stobbe : *Zeitsch. f. Rechtsgesch*, IV, p. 234.
(4) Gierke : *Deutsch. Privatr.*, p. 678.

que de simples expectatives des « *Anwartschaften* » (1) des « *Anwartchaftsquoten* » (2).

En fait, on trouve cependant dans certaines Gemeinderschafen zu Gezammter Hand du droit moderne des parts distinctes déjà avant la dissolution ; mais à la différence des quotes-parts de la communio romaine, ces droits ne détruisent pas la Gesammte Hand, et restent au contraire dans une mesure plus ou moins grande vinculés par le principe lui-même (3).

Cette règle fondamentale de l'absence de toute quote-part est généralement acceptée par les partisans de la théorie de la Gesammte Hand (4).

Un seul auteur parmi eux se trouve en désaccord avec ce système : Heusler, qui, dans ses Institutionen, se défend de l'admettre : « à bien considérer, dit-il, une communauté à un patrimoine dans son entité, ou à un seul bien ne se laisse pas bien imaginer sans quotes-parts, au moins pour le cas où un partage, et nécessairement donc une action en partage est en vue, ce qui est le fait de la plupart des communautés (Zusammentheilungen paysannes, communauté entre époux). Ce partage, qui n'est pas autre chose que la réalisation d'un droit ne peut être en réalité que la transformation d'un droit à une quote-part, naturellement déjà existante, en un objet réel. Il doit donc y avoir des quotes-parts idéales appar-

(1) Giercke : *Genossenschaftstheorie*, pp. 3?0 et ss. Ainsi principalement dans la communauté entre époux, dans la communauté continuée.

(2) Max Huber : *Gemeindersch*, §§ 1 et 10. Ce dernier en donne une preuve intéressante : dans les communautés paysannes il importait peu, en raison de cette absence de quotes-parts, qu'un communiste prît part au bien commun seul ou avec une nombreuse famille.

(3) Cf. Giercke : *Genossenschaftsrecht*. II, p. 947. — *Genossenschaftstheorie*, p. 345. — Heusler : *Inst.*, I p. 328.— *Contra* Stobbe : *Handbuch*, II, § 87.

(4) Beseler : *System*, t. II, § 2 et 83. — Bluntschli : *Deutsch. Privat.*, § 58. — E. Huber : *Schweiz. Privatr.*, III, § 75. — Max Huber : *Gemeindersch.*, § 6. — Giercke : loc. cit.

tenant aux ayants-droit déjà pendant la durée de la situation commune, alors que leur effet et leur existence sont latents ». Et plus loin Heusler prétend démontrer péremptoirement l'existence de quotes-parts au moins pour la Zusammtheilungen entre frères (1). Enfin à propos de cette règle typique que l'on rencontre dans toutes les communautés de famille (2) et qui fait de l'usage et de la jouissance des biens communs un droit qui n'est aucunement déterminé à l'égard de chacun des communistes et encore moins proportionnel à son droit de propriété comme dans la communauté romaine, Heusler refuse de conclure de là, comme les autres partisans de la Gesammte Hand, à une absence de quotes-parts. « Les membres, dit-il, peuvent toujours avoir des droits à des quotes-parts déterminées, et cependant le patrimoine peut augmenter ou diminuer, de sorte qu'au partage, à chaque quote-part correspond un lot plus ou moins fort » (3). Et c'est pour lui ce que voudrait dire Quisard (4): « Le gaing appartient à chacun d'eulx par ratte selon les lignées, et les pertes sont supportables selon les lignées par égales portions. »

M. Verdelot (5) a cherché à justifier cette opinion discordante d'un auteur qui admet tous les autres principes de notre conception et de le mettre d'accord avec les autres germanistes : il considère les deux idées comme exactes par ce fait qu'elles se rapporteraient simplement à des époques historiques différentes : le système de l'absence de quotes idéales répondrait beaucoup plus au droit originaire. Mais il prétend en outre que la théorie de Heusler est applicable à toutes les époques : il y aurait toujours eu, en effet, à son avis, des quotes-parts idéales, seulement on n'aurait pas

(1) Heusler : *Inst.*, I, p. 222, 229.

(2) Cf. *infra*, chap. IV, pp. 357, 366 et 405.

(3) Heusler : *Ins.*, I, p. 247.

(4) Quisard : *Commentaire coutumier du pays de Vaud* dans *Zeitsch. f. Schweiz. Recht.*, XIII et XV.

(5) Op. cit., p. 29, note 3.

déduit de l'existence de ces quotes-parts les conséquences qu'en tirait le droit romain

Je ne puis me ranger à l'avis de M. Verdelot : je crois qu'il vaut mieux considérer l'opinion de Heusler comme une divergence unique au milieu de l'unanimité qui admet le principe de l'absence de quotes-parts ; je remarque d'ailleurs que si, avec M. Verdelot, il faut admettre que cette communauté de patrimoine est de nos jours moins intime, moins profonde, qu'à l'époque où elle était le résulat d'une communauté de ménage et de vie, et par suite que cette absence de quotes-parts est rendue moins apparente, cette règle n'en est pas moins un des principaux caractères de la Gesammte Hand actuelle. Et si l'on reconnaît que la communauté de biens a été plus sévère à une époque ancienne, c'est une contradiction de soutenir que la théorie de Heusler est applicable même à cette époque.

Nous venons de voir que dans la propriété en main commune, le droit individuel de chacun, tant que dure l'indivision, est indéterminé, est pour ainsi dire abdiqué en faveur de la communauté comme telle. Il ne compte donc pas dans le patrimoine propre de chacun des ayants-droit, mais dans celui de la Gemeinderschaft. Voilà pourquoi aucun des communistes ne peut disposer de sa part, voilà pourquoi son droit ne se retrouve plus dans la succession.

Par suite de cette absence d'une quote-part qui puisse être considérée comme faisant partie de son patrimoine particulier, il est impossible à aucun des communistes de disposer de son droit pendant l'existence de la communauté zu Gesammter Hand. Un droit de disposition du Gesammthænder sur sa part se trouve exclu d'après les règles primitives : et encore aujourd'hui, la co-propriété en main commune se caractérise toujours par une défense imposée à tout associé de ce genre d'aliéner soit directement, soit indirectement, son droit dans la communauté.

Cependant on rencontre quelques cas où l'individu se trouve autorisé à disposer de sa part ; mais cette faculté n'est

accordée, dans une certaine mesure, que là où est attribué à l'associé le droit de disposer de la place personnelle qu'il occupe dans la communauté des personnes. Et par suite dans les situations zu Gesammter Hand, où le lien personnel prime la situation patrimoniale, ce qui était le cas des communautés de famille primitives (anciennes communautés de cohéritiers, Ganerbschaften. etc.), la règle reste aussi ce qu'elle était à l'origine, et la quote-part demeure inaliénable (1). La règle est d'ailleurs la même, qu'il s'agisse d'aliénation totale ou partielle : le communiste ne peut donc même pas grever sa part d'un droit réel, et un de ses créanciers ne peut pas la saisir tant qu'un partage n'est pas intervenu (2). En un mot, le communiste ne peut agir en maître sur l'élément qui lui revient dans le tout. Et si le communiste dispose de cet élément, les autres ne sont pas tenus de respecter cette aliénation et d'admettre l'acquéreur dans la communauté (3).

Cette disposition interdite peut naturellement devenir efficace si les autres communistes y consentent ; et cet assentiment est requis parce que l'aliénation de la quote-part, lorsqu'elle est valable, comprend une transmission du droit personnel (4). Le consentement des communistes à l'origine se réalisait matériellement dans ce fait que l'aliénation avait lieu en commun *mit Gesammter Hand*, les mains unies,

(1) Gierke : *Deutsch. Privatr.*, p. 679, note 81. *Genossenschaftstheorie*, p. 389, 619. — Stobbe : *Zeitsch. f. Rechtsgesch.*, IV, p. 314. — Heusler : *Inst.*, p. 236. — E. Huber : *Schw. Privatr.*, IV, p. 669. — M. Huber : *Gemeind.*, § 10. — Bluntschli : *Deutsch. Privatr.*, § 58. — Kohler : *Zeitsch. f. franzœs. Civilr.*, IX, p. 279. — Verdelot : Op. cit., p. 29. Il faut remarquer que cette règle n'enlève pas le droit de disposer pour le cas de dissolution : le testament reste donc possible entre époux.

(2) Cf. art. 2205 du Code Civil.

(3) Heusler : *Inst.*, p. 237. Cf. *Source de Brequigny Pardessus*, II, 376, n° 559.— Cf. *Capit.* de 818, qui écarte la nécessité d'un partage préalable jusque-là nécessaire pour la tradition de *Grund und Boden*.

(4) Giercke : *Deutsch. Privatr.*, p. 680.

règle à laquelle étaient soumis tous les actes ayant une importance particulière relativement à l'existence de la Gemeinderschaft. Plus tard, la nécessité d'une action commune fut écartée, et le simple consentement des communistes suffit ; mais ce consentement de tous resta toujours le principe de la Gesammte Hand (1). Dans le droit de la fin du moyen-âge, l'expression la plus claire de cette règle, qui faisait dépendre de la volonté commune la capacité de tout Gesammthænder d'aliéner sa part, se trouve en Saxe, où elle est déduite de l'investiture en main commune (*Gesammtbelehnung*) (2).

Cette quote-part inexistante et inaliénable pendant la durée de la communauté ne figure même pas dans la succession du communiste : « *Was in der were verstirbt, erbt wierder an die were.* » Quand l'un des communistes meurt, sa quote ne se retrouve pas dans son patrimoine ; cette part revient à ses coassociés (3).

Mais en vertu de quel droit ? Est-ce en vertu d'un droit de succession ou grâce à un simple droit d'accroissement ?

Les auteurs allemands sont divisés sur cette question. Dunker (4) affirme qu'il y a ici un droit de succession, tandis que Kohler (5) est très précis dans le sens d'un droit d'accroissement, ainsi que Stobbe (6), Giercke (7), Max Huber (8), E. Huber (9). Le bien commun conserve son intégralité, le droit des survivants s'agrandit seulement à mesure que le nombre des communistes diminue (10). Heusler donne

(1) Heusler : *Inst.*, I, p. 238.

(2) Cf. Heusler : *Inst.*, I, p. 238; *infra*, chap. IV, p. 360.

(3) Cf. Giercke : *Deutsch. Privatr.*, p. 681, notes 85, 86.

(4) *Gesammteigenthum*, § IV.

(5) *Zeitschr. f. franzœs. Civilr.*, IV, p. 277.

(6) *Zeitsch. f. Rechtsgesch.*, IV, p. 237.

(7) *Deutsch. Privatr.*, p. 680 ; « *Konsolidation* », dit-il ; *Genossenschaftstheorie*, p. 395, 348, note 1.

(8) *Gemeind.*, § 15.

(9) *Schw. Privatr.*, IV, p. 254.

(10) Ce qui prouve encore que même si l'on voulait absolument accepter l'existence de quotes pendant la durée de la communauté,

de bonnes raisons en faveur de l'existence d'un droit d'accroissement : si beaucoup de sources, en effet, parlent d'héritiers, l'idée d'une succession n'est cependant pas admissible, car il se peut que les communistes ne soient point parents. Une autre preuve de l'exactitude de cette opinion, c'est que la *recognitio feudi*, que tout héritier doit demander pour ne pas laisser tomber la concession accordée au défunt n'est pas exigée, à la mort de l'un des communistes zu Gesammter Hand, de la part des survivants pour que ceux-ci conservent cette dernière. C'est donc que les Gesammthænder qui survivent ne sont pas des successibles (1).

Ce droit d'accroissement dérive des principes mêmes de l'institution et n'est pas un simple droit conventionnel, à tel point que Stobbe en conclut que, toutes les fois que l'on se trouve en face de cette règle particulière, entre communistes, il faut reconnaître dans ce cas l'existence, non pas d'une copropriété ordinaire, mais d'un Miteigenthum zu Gesammter Hand (2).

Ce principe d'accroissement (*Accrescenz* ou *Konsolidations princip*) est une déduction nécessaire de cette règle de la copropriété germanique, qui exclut pendant la durée de l'indivision l'existence de toute quote-part; il n'y a qu'une masse patrimoniale sur laquelle toute entière porte individuellement le droit de chacun des communistes, droit qui n'est en réalité pas limité dans sa substance, mais qui se heurte seulement dans son exercice à celui des autres. Une idée de succession se trouve donc exclue par ce fait qu'il y a impossibilité matérielle à hériter de ce que l'on possède

ce ne seraient pas encore de quotes fixes, invariables, comme dans le droit romain, mais des quotes variant, quant à leur nombre et à leur valeur avec le nombre des personnes composant la communauté. Cf. *contra*, Heuser : *Inst.*, I, p. 247 et *supra*, p. 49.

(1) Heusler : I, p. 243. — Cf. d'autres preuves dans Stobbe : *Zeitsch. f. Rechtsgesch.*, IV, p. 237, 242, 243 et ss.

(2) Stobbe : *Zeitschr. f. Rechtsgesch.*, IV, p. 236. — Cf. Heusler ; *Inst.*, I, p. 230.

déjà. Et lorsqu'un des communistes meurt, il ne s'agit en réalité que de la disparition d'un des obstacles qui empêchaient le droit des autres communistes d'arriver à la pleine propriété.

En vertu de ce principe de l'absence de quotes-parts, il faut considérer simplement l'existence d'un patrimoine commun dont aucune fraction ne saurait se détacher antérieurement à un partage ; si, parmi les associés qui peuvent prétendre à des droits sur ce bien, un ou plusieurs disparaissent, ce fait n'affecte point l'objet de la communauté qui subsiste dans son état primitif. Il se produit simplement une extension des expectatives appartenant aux survivants, par suite de la disparition d'un ou de plusieurs expectatives concurrentes.

§ VI. — De même que pendant la durée de la communauté il n'y a pas de quotes-parts pouvant figurer dans les patrimoines propres des membres de la Gesammte Hand, l'usage et la jouissance des biens formant l'objet de la communauté ne sont pas attribués à chacun des communistes d'après un rapport déterminé et qui serait proportionnel à l'étendue de sondroit de propriété. Chacun peut simplement user et jouir du patrimoine selon ses besoins, quelle que soit l'inégalité possible de cette mesure (1).

Le même principe de communisme s'applique au travail de chacun des associés ; peu importe qu'un communiste se donne plus de peine qu'un autre dans l'intérêt de la communauté, tous profitent des bénéfices réalisés par l'un d'eux, comme tous aussi, sont atteints par les pertes qu'un seul des Gesammthænder leur fait subir. Les associés sont « *auf gemeinsamen Gedeih und Verderb* (2) ».

Ces deux règles sont les points d'appui les plus solides sur lesquels on peut se baser pour déduire que le droit de propriété qui appartient à chacun des communistes n'a point d'étendue déterminée. En effet, ces principes relatifs à la

(1) Cf. *Infra*, chap. IV, pp. 357, 366 et 405.

(2) Cf. M. Huber : *Gemeind.*, § 12.

jouissance du patrimoine commun, aux bénéfices et aux pertes, sont la trace évidente d'une communauté tellement complète, telle que nous l'avons rencontrée dans la vie en commun des associations familiales des origines, qu'elle empêchait l'existence de la conception d'un droit déterminé et propre appartenant sur les biens communs à l'individu soit quant à la jouissance, soit quant à la propriété. Cette faculté accordée à chacun des associés d'user de tout le patrimoine commun sans bornes bien établies, est l'image du droit réel qui leur appartenait dans la masse commune.

§ VII. — A qui appartient l'administration de la communauté et quels sont les pouvoirs soit de tous les membres, soit de l'un d'eux agissant comme représentant de l'ensemble, voilà ce qu'il nous faut examiner maintenant.

Nous avons vu (1) que, d'après les principes de la propriété en main commune, l'acte accompli par un seul communiste n'a pas d'effet, et que pour la naissance, soit de droits, soit d'obligations, le concours de tous les membres formant dans leur ensemble cette unité qui est la Gesammte Hand, est nécessaire. L'administration de la Gemeinderschaft zu Gesammter Hand est une administration commune, c'est-à-dire que la direction du patrimoine commun est dévolue dans son principe à l'ensemble des membres comme tels. Certes, il n'est pas nécessaire que les communistes se trouvent tous dans la même situation relativement aux pouvoirs qui leur sont accordés sur le patrimoine de la communauté; l'un d'eux peut posséder des droits très étendus, tandis qu'un autre, au contraire, peut n'en avoir que de très restreints. Quelques-uns des Gesammthænder peuvent même être complètement exclus de ces attributions, tandis qu'au contraire, dans d'autres cas, l'administration de la communauté peut appartenir soit à tous les membres en main commune sans exception, ou bien à un seul d'entre eux. Mais à la base de toutes ces constructions différentes du pouvoir administratif

(1) *Supra*, p. 9, p. 56,

se trouve cette même pensée fondamentale, que l'administration du bien commun est l'œuvre propre de tous les communistes.

Cette conception fut en réalité, à l'origine, la forme exclusive que revêtit le pouvoir d'administration : tous les membres devaient concourir aux actes concernant l'objet de la communauté. Tous ces propriétaires, individuellement, avaient les mains liées, et ne pouvaient agir valablement que « communi manu ».

Mais ce concours de tous pouvait dans certains cas devenir incommode et même quelquefois difficile, surtout pour les actes peu importants, particulièrement à partir de l'époque où la Gesammte Hand put exister sans être nécessairement liée à une existence en commun. Aussi, de bonne heure, des tempéraments furent-ils apportés à la règle ancienne : les copropriétaires en main commune purent élire un représentant et se dispenser ainsi de prendre part personnellement à certains actes de la vie courante. C'est cette forme rajeunie de la Gesammte Hand qui joue encore aujourd'hui un rôle considérable en droit moderne, soit allemand, soit suisse. Il y a donc dans l'évolution relative à l'administration des communautés zu Gesammter Hand deux phases successives qui se distinguent nettement ; mais il faut bien remarquer que si dans la seconde il n'y a plus qu'en seul représentant, la conception juridique relative au fond même du droit, c'est-à-dire à la propriété elle-même, n'a pas été modifiée ; il y a toujours copropriété de tous les membres et, comme nous le verrons tout à l'heure, ce principe trouve encore l'occasion de manifester souvent son existence, même dans le cas où l'administration est attribuée à un seul des membres.

Notons d'ailleurs que l'existence d'un membre de la communauté comme chef de celle-ci n'est pas du tout incompatible avec les principes de la Gesammte Hand exposés plus haut sur cette situation des membres qui forment un sujet de droits à la fois collectif et unifié, et non distinct des com-

munistes (1) : car ce représentant n'est pas cet organisme autonome qui est le propre de toute personne juridique ; en effet, dans la Gesammte Hand, la place supérieure est toujours réservée à la Gemeinderschaft ; au-dessus de la puissance incontestée de ce chef on rencontre toujours la force de la volonté commune, et malgré son pouvoir, la pleine et entière représentation de la communauté, lorsqu'elle est nécessaire, ne peut être atteinte qu'au moyen de l'action commune (2). Cette action *mit Gesammter Hand*, qui est obligatoire toutes les fois qu'il n'y a pas de représentant ou que ce dernier n'a pas de pouvoirs suffisants pour accomplir l'acte dont il s'agit, n'est que l'expression de cette Personeneinheit que constituent les membres de la collectivité dans leur union ; à ce titre d'unité collective la Gesammte Hand peut manifester d'une manière unitaire, une volonté commune à plusieurs, volonté qui, bien qu'unifiée, ne se sépare pas, comme volonté propre, des volontés individuelles unies entre elles ; et la représentant n'est que la forme tangible de cette volonté.

Si la collectivité de gestion fut à l'origine et reste encore le principe de la Gesammte Hand, on ne peut pas dire qu'elle était de l'essence de ces communautés en main commune : la Gesammte Hand est capable d'être représentée au contraire et souvent cette représentation n'incombait qu'à une seule, personne (3).

Giercke, et quelques partisans de la même théorie (4), ne voulant pas considérer la situation patrimoniale qui existait chez les Germains entre le père et ses fils comme une véritable Gemeinderschaft zu Gesammter Hand ne regardent naturellement pas le Hausherr comme un vrai chef de communauté, et parlent seulement d' « *Einhand* » du père de famille.

(1) Cf., *supra*, pp. 39 et ss.

(2) Stobbe : *Handbuch*, I, § 49. Cf., *infra*, chap. I, pp. 61 et ss.

(3) Giercke : *Deutsch. Privatr.*, p. 684, note 113.

(4) Cf., *supra*, pp. 12 et ss.

Mais nous remarquerons, avec les adversaires de cette idée, que les pouvoirs du père de famille et sa situation sont bien voisins de la place qu'occupe après lui le chef qui est élu par ses frères, et que toute la différence, en fait, résidait dans le mundium qui appartenait au père sur les autres membres de la famille ; j'admets que l'on ne doive pas voir en lui un chef au même titre que le frère ; mais, je le répète, la seule opposition consiste dans le mundium que le frère ne saurait avoir ; et on peut en conclure que la situation du père, du Hausherr, a été certainement l'origine de la conception d'un représentant ou chef de la communauté. Les deux pouvoirs sont en effet les mêmes ou à peu près.

Dans la position du père, le pouvoir de représenter l'association familiale se confond avec le mundium ; c'est en vertu de ce dernier qu'il est le chef indiscuté de la famille. C'était lui qui était appelé naturellement à cette représentation unitaire et légale pour ainsi dire, car il était le père et avait par suite un droit supérieur à ceux des fils (1). Son pouvoir était très étendu il est vrai : il régnait seul dans l'intérieur de la maison, il avait voix prépondérante dans l'administration du bien ainsi que dans son mode d'exploitation ; il pouvait l'endetter, il pouvait ester en justice à son occasion et même aliéner les meubles. Mais peut-on conclure de là que le père fût le seul propriétaire de la fortune familiale ? Non, cette fortune appartenait virtuellement aussi à la femme et aux enfants ; car pour l'aliénation des immeubles ou pour toute autre disposition mettant en jeu l'existence de la propriété immobilière du groupe, dont il n'était que le représentant, les droits du père de famille s'arrêtaient, et se trouvaient liés au consentement de tous les membres de la famille. Le père de famille n'était donc que l'organe de la famille (2).

Dans les communautés qui se formaient entre les fils à la

(1) Cf. E. Huber : *Schw. Privatr.*, IV, p. 245.
(2) Heusler : *Inst.*, I, pp. 228, 245. — Verdelot : op. cit., p. 20.

mort du père, tous les membres avaient une place égale à l'égard du patrimoine indivis ; il n'y avait plus ici cette supériorité naturelle attribuée à l'un d'eux par sa seule qualité de père. Aussi, tandis que dans la situation juridique existant entre le père et les fils il y avait toujours un représentant nécessaire, le père, dans les communautés de frères à l'origine, ce fut au contraire le principe fondamental de la Gesammte Hand, la nécessité de l'action commune, qui régna seul pour chacun des actes de la vie sociale. Plus tard cependant, très vite probablement grâce aux inconvénients qu'entraînait cette obligation du concours de tous pour les actions journalières, et certainement aussi grâce à l'exemple que fournissait le pouvoir du Hausherr dans la famille, l'un des membres fut appelé à être le chef élu de cette communauté.

La différence entre la situation de ce dernier en regard de la communauté et celle du père à l'égard de sa femme et de ses fils, réside en ceci seulement que ce dernier était un chef de droit en vertu de sa qualité personnelle de père et de son mundium, tandis que le premier n'était qu'un chef élu, et que par suite de l'égalité de droits qui régnait entre les communistes, il n'était que « primus inter pares » : la coutume presque générale qui s'enracina plus tard en un droit pour le frère le plus âgé d'être le chef, ne changea rien à ce principe : ce représentant réunit toujours en lui deux situations, sa situation propre de communiste et celle de représentant.

Et voilà toute la différence entre le Hausherr et le chef d'une Zusammentheilung entre frères : les pouvoirs du frère désigné comme représentant, sur le patrimoine de la communauté sont les mêmes que ceux du père sur le bien de la famille ; il est lié au consentement des membres dans les mêmes cas. La différence que l'on veut établir entre l'Einhand du père de famille et la véritable Gemeinderschaft entre frères, est donc en réalité bien peu sensible : elle ne réside en fait que dans la qualité d'une part naturelle, et de

l'autre simplement élective du pouvoir attribué au représentant du groupe.

Voyons maintenant quelle était exactement la situation du chef de ces communautés zu Gesammter Hand : la représentation donne ici lieu à des règles particulières qui sont le résultat nécessaire des droits de la communauté comme telle.

La représentation se différencie d'une simple volonté autonome et indépendante en ce sens que, comme résultante d'une association juridique de personnes dans la communauté, elle est la forme d'une partie constituante de la situation commune. Et par suite, celui qui, comme communiste, oblige la Gesammte Hand, n'oblige pas pour une part lui-même et pour une autre part les autres, mais exclusivement la Personeneinheit, l'unité juridique qu'il représente (1).

Dans un autre sens, comme administrateur, ce chef de communauté qui a le droit de diriger le patrimoine de la Gemeinderschaft, n'agit pas, comme au cas de corporation, de personnalité juridique, dans tous les actes où il a le droit de décider seul, en tant qu'organe de la volonté commune. « Ce n'était pas une volonté représentative, dit M. Saleilles (2), c'était la volonté unique du maître, la sienne propre qui agissait comme volonté autonome. » Sa volonté seule agit : s'il représente bien en réalité les associés, il n'administre cependant pas pour leur compte, ce n'est pas un administrateur chargé de rendre compte.

Le patrimoine de la communauté, nous l'avons vu, est une masse dans laquelle le droit individuel ds chacun, tant que dure l'indivision est pour ainsi dire abdiqué, fondu, et ne compte pas dans le patrimoine propre de chacun des ayants droit. C'est la collectivité, la Personeneinheit, qui est propriétaire, et elle seule, par conséquent tous les membres réunis qui la composent, peut agir et administrer ce patrimoine. Le bien est sous la main-mise de la communauté ; il

(1) Cf. Giercke : *Deutsch. Privatr.* p. 687.
(2) *Annales de droit commercial*, 1897. p. 66.

est donc indisponible pour chacun des membres individuellement en tant que chacun agirait seul. Il ne peut appartenir pratiquement qu'à ceux qui le tiennent sous leurs mains réunies.

Cependant nous avons vu que la Gesammte Hand peut avoir à sa tête une représentation ; cette représentation peut n'être établie que pour un cas particulier, ou bien au contraire pour la généralité des actes. On rencontre le plus souvent ici un pouvoir dont l'origine remonte aux anciennes communautés de famille : l'administration est confiée à un chef de communauté qui doit cette fonction soit à la naissance, soit à l'élection ou a une autre cause. (Ex. le mari dans le mariage ; l'aîné des frères dans les Zusammentheilungen. etc.) (1). Ce qui n'empêche d'ailleurs cette représentation de pouvoir être constituée par plusieurs membres de la communauté ensemble ou même individuellement.

Lorsqu'il se trouve un représentant à la place de cette Personeneinheit il en est pour ainsi dire le symbole ; cette Personeneinheit c'est lui, et par conséquent c'est lui qui agit, qui administre le patrimoine comme le feraient les membres en agissant en main commune. Il dirige la communauté en regard des tiers ; il peut aussi poursuivre librement l'administration du bien à l'égard de ses communistes ; il n'y a de leur part un droit d'opposition qu'au cas de mauvaise administration de celui ou de ceux qui en sont chargés.

Ce pouvoir de représentation peut être plus ou moins étendu suivant les différentes formes de communauté zu Gesammter Hand dans lesquelles il se trouve établi, et dans quelques-unes il a une étendue légale, qu'il n'est pas alors permis de modifier (2).

Cependant l'action de tous, l'action mit Gesammter Hand

(1) Cf. Giercke : *Deutsch. Privatr.*, p. 686. — *Genossenschaftsrecht*, II, pp. 934, 382. — Heusler : *Inst*, I, p. 246. — E. Huber : *Schw.*, *Privatr.*, IV, p. 253. — Stobbe : *Zeitsch.* f. *Rechtsg*, IV. p. 246. — Roth : *Deutsch*, *Privatrecht*, § 105.

(2) Giercke : *Genossenschaftstheorie*, pp. 587 et suiv.

reste le principe et la base de toutes ses décisions, et elle subsiste en fait dans de nombreux cas.

D'abord toutes les fois que la communauté entreprend un acte pour lequel il n'a pas été établi de représentant, cette action en main commune est nécessaire ; les communistes concourent tous à l'acte, ils agissent, *simul una*, ou *pariter*, *pari sensu*, *pari* ou *communi consilio*, ou suivant la formule la plus typique, *communi manu* (1).

A partir du XIII[e] siècle ce concours actif et réel des membres se transforma en un simple consentement, forme nouvelle qui est celle du Beispruchsrecht dont nous avons étudié plus haut les deux directions et qui est parvenue jusqu'à nous.

Et lorsqu'il y a un représentant, la place supérieure reste quand même encore à la communauté, car le droit d'administration de ce dernier se trouve restreint dans bien des cas.

Régulièrement, dans cette situation, un acte de disposition mettant en jeu l'objet de la communauté n'est possible que mit Gesammter Hand. Et lorsque l'objet de la communauté se trouve être un patrimoine tout entier, l'acte de disposition concernant un immeuble ou une quote-part de ce patrimoine, d'après la règle de l'ancien droit allemand, équivaut à celui concernant l'objet lui-même et ne peut être valablement accompli que dans les mêmes conditions, tandis que le droit de disposer d'un meuble rentre dans le pouvoir d'ad-

(1) Ce symbole tendant à faire apparaître à l'extérieur cette idée d'une propriété à la fois collective et unitaire, est l'expression la plus claire des principes essentiels de la Gesammte Hand : les mains des contractants doivent être unies ensembles. Dans cet acte symbolique se retrouve caché ce principe général que dans cette situation les droits et les obligations ne doivent se réaliser qu'en action commune. — Cf. Heusler : *Inst.*, I, pp. 226, 230. — *Contra*, Dunker : *Gesammteig.* p. 30. — Les expressions de *communi*, *communicata*, *conjuncta*, *complici*, *coadunata*, *collectiva*, *continuata manu*, *mit Gesammter* ou *Besammter Hand*, que l'on rencontre fréquemment dans les sources, sont pour ce dernier rapportées à tort à une institution spéciale, et signifieraient simplement « *communément* » « *Gemeinschaftlich* ».

ministration du représentant (1). Cette distinction disparut cependant dans certaines communautés, et l'action commune de tous les communistes ne fut plus requise que pour disposer de l'objet lui-même de la collectivité.

§ VIII. — La question de savoir si les membres qui forment entre eux une communauté zu Gesammter Hand, peuvent demander le partage, ou si au contraire ce droit leur est refusé, ne peut recevoir une réponse absolue. Ce droit dépend de l'espèce de la communauté, et particulièrement de l'intimité plus ou moins grande du lien personnel qui unit entre eux les communistes.

Il est certain qu'à l'origine, les idées de conservation des biens dans la famille, les difficultés aussi de la vie matérielle pour l'individu isolé, devaient rendre rares les partages entre les membres de ces collectivités où chacun d'eux trouvait tant d'avantages : et ce n'est que plus tard avec les progrès à la fois de la civilisation et de l'individualité, que le partage put être considéré comme une solution parfois nécessaire. On peut poser cependant en règle générale qu'à aucune époque l'impartageabilité ou l'exclusion de l'action en partage ne furent de l'essence de ces communautés zu Gesammter Hand. Cette action ne se trouve écartée dans certaines d'entre elles que par des raisons particulières : c'est ainsi qu'elle l'était dans la communauté entre époux, dans les Ganerbschaften nobles, tandis que dans d'autres associations comme les Gemeinderschaften paysannes, elle était pleinement admissible : la communauté dans ces dernières ne fut jamais obligatoire et il y en a de nombreuses preuves dans les sources (2).

Il faut répondre de la même façon à cette autre question :

(1) Giercke : *Deutsch. Privatr.*, p. 685, note 109. — *Genossenschaftstheorie*, pp. 385 et suiv. — Heusler ; *Inst.*, I, pp. 236, 245.

(2) Cf. Heusler : *Inst.*, I, pp. 240, 241. — Giercke : *Deutsch. Privatr*, p. 680 note. 87, M. Huber : *Gemeindersch*, § 16. — E. Huber : *Schw. Privatr.*, IV, p. 255. — Stobbe : *Handbuch*, II, § 84.

peut-il y avoir changement de l'un des membres pendant la durée de la communauté, et la Gemeinderschaft subsiste-t-elle encore dans ce cas?

Le fait pour une communauté zu Gesammter Hand de pouvoir survivre à un changement de membres, et de continuer comme Personeneinheit identique, n'est point incompatible avec son caractère. Ce changement ne touche pas à la Personeneinheit; le seul effet qui en résulte est que le nouveau membre devient commun pour tous les droits et obligations de la communauté, tandis que le communiste qui se retire devient complètement étranger à ces dits droits et obligations.

Seulement ce pouvoir de subsister comme même Personeneinheit avec de nouveaux membres est diversement développé selon les différents types de la Gesammte Hand : dans les communautés qui ont une base uniquement familiale, cette faculté est tout autre que dans celles où se rencontre un élément principalement conventionnel (1).

§ IX. — Une Gemeinderschaft zu Gesammter Hand peut cesser d'exister par suite de diverses raisons : les causes de cette dissolution peuvent être indépendantes de la volonté de ses membres, ou au contraire résulter d'un fait purement conventionnel (2).

L'effet principal qu'entraîne cette dissolution c'est que la communauté en main commune disparaît et que l'association personnelle de ses membres est détruite. Par suite de la rupture du lien personnel, tous les droits et obligations qui en découlaient, tombent, tandis qu'au contraire les droits et obligations qui étaient indépendants de cette Personeneiheit continuent à subsister comme propres aux membres définitivement séparés ou à leurs héritiers ou autres successeurs juridiques (3). Enfin comme conséquence de la cessation de

(1) Cf. Giercke : *Deutsch. Privatr.*, p. 692 et les notes.

(2) Cf. Giercke : *Deutsch. Privatr.*, p. 693, 694 et les notes. *Genossenschaftstheorie*, p. 486 et suiv.

(3) Cf. Giercke : *Deutsch. Privatr.*, p. 695 et les notes 156 et 157.

la communauté de propriété les « *Anwartschaftsquoten* » des communistes atteignent leur pleine efficacité et deviennent des quotes-parts réelles, faisant dorénavant partie de leurs patrimoines respectifs.

Pour parvenir à la réalisation des effets de la dissolution, on a généralement recours dans les communautés zu Gesammter Hand qui ont pour objet un patrimoine dans son entité, à une liquidation. Et, ce qui est particulièrement important à noter, c'est que pendant toute la durée de cette liquidation, ce sont les règles de la Gesammte Hand disparaissant qui restent encore en vigueur ; et durant tout ce temps l'unité objective du patrimoine commun continue à subsister pour les nécessités de la liquidation, tandis que l'association de personnes conserve son efficacité dans la mesure de ces besoins.

Ainsi, par suite de la dissolution, la communauté zu Gesammter Hand se change en une communauté de liquidation (*Liquidationsgemeinschaft* (1) qui peut se rapprocher sensiblement d'une société ordinaire dans la même situation, et qui constitue non pas la survie d'une collectivité, car celle-ci a disparu, mais seulement l'effet continué d'une Personeneinheit.

§ X. — Si après avoir parcouru les principes qui donnent à la théorie de la copropriété en main commune son caractère spécial, on se demande quel est en réalité celui qui en est le type. Il semble bien qu'il faille considérer, en face de la corpopriété du droit romain, la conception de l'absence de toutes quotes-parts déterminées pendant la durée de l'indivision, comme la véritable caractéristique de la copropriété germanique.

C'est en effet à ce principe que se rapportent toutes les autres règles que l'on pourrait être tenté de considérer comme principales, La forme du sujet elle-même, si typique dans la copropriété en main commune, résulte de ce fait que

(1) Giercke : op. cit., p. 696.

l'on se trouve en face d'un patrimoine appartenant à plusieurs personnes sans que l'on puisse délimiter avant tout partage le droit qui est attribué en réalité à chacune d'elles ; ce patrimoine apparaît donc extérieurement comme une unité sans divisions, et cette unité se reflète dans la constitution de son sujet ; mais ce dernier ne cesse pas en même temps d'être une collectivité car la masse patrimoniale est aussi un objet de copropriété. Et cette constitution de l'objet qui est une propriété collective mais qui se présente forcément comme un tout par suite de l'inexistence des parts déterminées attribuées aux communistes est encore la base de la conception de l'action en main commune qui a donné son nom à toute l'institution ; tous les membres doivent agir parce que tous ont des droits sur le patrimoine ; mais comme ceux-ci sont indéterminés. les communistes unissent leurs mains pour symboliser cette possession commune sans distinction de parts. Et nous avons vu que le principe d'accroissement au cas de mort de l'un des associés, est encore une application du même principe.

Il est donc bien évident que la règle fondamentale de notre institution, celle qui a donné naissance à toutes les autres, est l'idée d'une communauté tellement intime que l'on ne peut songer à établir pendant la durée de l'indivision, la consistance des droits appartenant à chacun des communistes dans la masse commune. Cependant il ne faut pas passer sous silence, à côté de ce principe concernant le patrimoine, cette autre assise sur laquelle repose notre institution ; celle-ci, née d'une situation familiale, a toujours conservé le caractère d'une association très intime des personnes, qui, dans toutes les communautés où se rencontre la Gesammte Hand, sont toujours unies entre elles par un lien plus étroit que celui produit, dans d'autres situations collectives, par le seul intérêt matériel et pécuniaire. Ce lien personnel est en effet dans certains cas la cause de plusieurs règles spéciales. Et il faut même rapporter à cette association

familiale primitive le principe secondaire de la communauté complète du patrimoine (1).

§ XI. — Il nous a été donné déjà en étudiant les caractères de la Gesammte Hand, de rencontrer quelques-unes des différences qui séparent cette forme de la propriété collective soit de la copropriété romaine, soit de la théorie de la personnalité juridique. Il nous semble utile cependant de résumer ici plus clairement en quelques mots ces oppositions pour mieux marquer la séparation entre ces trois institutions.

La copropriété du droit romain se distingue par deux caractéristiques :

1° Les droits des propriétaires sur l'objet commun, consistent en des parts arithmétiques qui leur appartiennent séparément, et qui font partie de leurs patrimoines propres ; par suite chacun d'eux peut vendre, donner, hypothéquer cette part qui peut également être saisie par un de ses créanciers ; chaque copropriétaire est propriétaire d'une quote-part déterminée du tout. C'est pourquoi chaque copropriétaire ne peut être obligé solidairement qu'autant qu'il s'agit d'une obligation de faire ou de restituer ; aussitôt que le droit est divisible ou converti en argent, il n'y a plus qu'une obligation divisée pour chacun d'eux.

2° Un membre de la copropriété ne peut accomplir seul sur l'objet indivis aucun acte de disposition ni d'administration : son droit d'action se trouve limité par ceux de ses copropriétaires. Un droit de représentation est inconnu dans la copropriété romaine : les actes d'un seul ne peuvent ni profiter ni nuire aux autres. Il faut le consentement unanime pour agir, et comme ce consentement peut être difficile à obtenir, pour sortir d'une situation embarrassante, la loi romaine accorde l'action *communi dividundo*. Bien que Stobbe (2) trouve que l'on ne peut opposer catégoriquement

(1) Cf. *supra*, chap. I, p. 16.

(2) *Zeitsch. f. Rechtsgesch.*, IV, p. 211. « Il n'y a pas un Gesamm-

et entièrement l'une à l'autre la forme romaine de la copropriété et la forme germanique de la Gesammte Hand, il ne nous semble pas moins possible, après avoir jeté un coup d'œil sur les caractères de la première de se rendre compte de ceux bien différents de la propriété en main commune (1).

Il faut se souvenir tout d'abord de ce fait que la Gesammte Hand est née de l'existence concrète d'une association naturelle et familiale des premiers membres de ces communautés entre eux. Aussi dans la communauté, zu Gesammter Hand, c'est la société de personnes qui domine, qui est la base de toute la théorie et lui donne son caractère spécial : dans certains types même ce lien personnel est tellement essentiel et au-dessus de la société de biens, qu'un membre ne pourrait en sortir sans rompre la communauté et dans les autres du moins un membre nouveau ne peut entrer ou prendre la place d'un autre que si les autres y consentent (2). Dans la copropriété du droit romain il n'y a aucune trace d'une société de personnes : les copropriétaires ne sont unis entre eux que par la simple indivision matérielle ou société de biens; aussi, les titulaires de ces droits de copropriété peuvent-ils changer à volonté, sans qu'on rencontre d'exceptions à cette règle et sans que ce changement soit soumis à l'approbation des autres.

On peut donc dire d'une façon générale que cette copropriété du droit romain fait plus particulièrement partie du droit objectif : le Gesammteigenthum germanique au con-

teigenthum absolument opposé à la copropriété romaine, dit-il, avec des règles invariables. Il y a des cas où l'on trouve le Gesammteigenthum pur et il y en a d'autres où ce Gesammteigenthum se trouve influencé par le Miteigenthum romain. Il faut donc distinguer les divers cas. »

(1) Cf. Dunker : *Gesammteigenthum.*, § 2, p. 27. — Bluntschli : *Deutsch. Privatr.*, p. 158. — Ioerges : *Zeitsch. f. das. Handelsrecht* XLIX. §§ 1 et suiv. — Stobbe : *Zeitsch. f. Rechtsg.*, IV, pp. 210 et suiv. *Handbuch.*, II, § 81. — Heusler : *Inst.*, I, p. 249. — Kohler : *Zeitsch. f. franzœs. Civilr.* IX, pp. 276 et suiv. — M. Huber : *Gemeind.*, § 1.

(2) Cf. *supra*, chap. I, p 19, *infra*, chap. IV, p. 357.

traire n'a jamais un rapport réel pour base, c'est toujours un lien personnel qui est le fondement de la communauté patrimoniale. Au lieu que les membres puissent se considérer comme étrangers, comme de passage, c'est ici une copropriété d'union et de concorde : la Gesammte Hand établit entre ses membres un lien presque familial, d'où résulte cette interdiction pour un communiste d'aliéner sa part et de mettre un autre à sa place sans l'assentiment unanime.

Et cette opposition entre nos deux institutions tient peut-être à une différence plus générale qui existe entre le droit allemand ou germanique d'une part, et le droit romain de l'autre; ce dernier a toujours sacrifié au principe de la liberté du patrimoine tous les droits de famille et de parenté, tandis qu'au contraire, dans le droit germanique la famille et ses droits ont été la base des institutions patrimoniales, et plus spécialement des situations collectives (1).

De ce caractère familial, de ce lien personnel si intime qui existe entre les communistes, découle la seconde grande distinction : la communauté des personnes a produit une communauté patrimoniale tellement profonde qu'aucun membre ne peut plus prétendre à un droit particulier sur une quote-part du tout. D'après le droit romain les sphères patrimoniales de chaque sujet de l'objet indivis sont déterminées exactement et limitées par celle de toutes les autres. D'après le droit germanique quand l'intimité de la famille ou des relations personnelles très étroites lient plusieurs individus entre eux, il n'y a que le droit de la communauté comme Personeneinheit qui soit fermement délimité. La justesse de cette remarque est particulièrement frappante lorsqu'on considère le droit de famille (2). Il n'y a par suite pas de quotes-parts dans le Gesammteigenthum, et à l'inverse de la *communio*, ces quotes-parts indistinctes ne sont pas des objets de droit dont le communiste puisse disposer : elles ne

(1) Cf. *infra*, chap. IV, pp. 348 et suiv.

(2) Cf. sur ce point, Stobbe : *Zeitsch f. Rechtsg.*, IV, § 3.

font pas partie de son patrimoine comme dans la copropriété. Et s'il est vrai que comme dans la copropriété les actes de disposition sur l'objet ne peuvent avoir lieu qu'en commun, à la différence du droit romain, aucun membre ne peut disposer de son droit en faveur d'un tiers sans l'assentiment des autres.

Et quand même on voudrait voir dans la Gesammte Hand une copropriété par quotes, il faudrait toujours reconnaître, en opposition avec le droit romain, cette situation particulière des personnes entre elles, en vertu de laquelle, à l'extérieur, ces dernières sont considérées comme ne formant qu'un seul sujet de droits, de sorte qu'en cas de disparition de l'une d'elles sa part afférente n'est pas soumise aux règles ordinaires du droit des successions. Dans la Gesammte Hand le caractère distinctif apparaît en ce cas dans ce fait qu'il y a accroissement en faveur des communistes survivants : dans leurs principes sur la copropriété, les Romains n'ont pas connu ce droit au même titre (1).

Enfin indiquons encore une différence due surtout à l'absence de quotes-parts dans le Gesammteigenthum : dans la Gesammte Hand l'usage du ou des biens composants l'objet est commun, en ce sens qu'aucun des membres n'éprouve de limitation dans ce cas à une part déterminée. Dans la copropriété romaine au contraire, chaque membre a un droit fixe à l'usage, droit que l'on proportionne à sa part de propriété.

§ XII. — Voyons maintenant ce que c'est que la personnalité juridique et quelles différences séparent une personne morale d'une communauté zu Gesammter Hand.

La personne morale est un être juridique qui se distingue des personnes dont l'association se trouve généralement à sa

(1) Heusler : *Inst.*, I, p. 245. — Voy. cependant *contra* Kohler : *Zeitsch. f. franzœs. Civilr.*, IX, pp. 278 et ss., au cas d'usufruit et de copropriété d'un esclave. — Cf. *Iehring's Iahrb.*, XVIII, pp. 377 et ss.

base et qui est seul propriétaire, comme tel, des biens, des droits ou des obligations constituant son objet : ce ne sont pas les membres de l'association dans leur ensemble qui en ont la propriété : et encore moins chacun d'eux individuellement pour une quote-part. Non c'est la personne distincte de ces membres. Ici la pluralité de personnes représente un être supérieur qui ne consiste pas dans la somme des individus : c'est une résultante de ceux-ci qui leur est opposée comme un nouveau sujet de droits dont le patrimoine est séparé de ceux de ses membres. La personnalité c'est la capacité reconnue à une collectivité de personnes de former, comme être unifié distinct de la somme des personnes unies entre elles, un sujet de droits et d'obligations.

La personne juridique (1) est une personne véritable, comme un individu, mais à l'opposé de l'individu, elle est une personne collective « *eine zusammengesetzte Person* » (2). A la différence d'une personne physique son unité ne trouve pas son expression dans un corps humain, mais dans un organisme social. La personne morale comme telle a une pleine capacité juridique.

Tous les auteurs qui traitent de la question n'admettent pas cependant que cette personnification ait sa base dans un ensemble de personnes. Tandis que pour les uns c'est le but même de l'association qui se trouve personnifié, pour les autres ce serait au contraire le patrimoine affecté à une certaine destination qu'il faudrait considérer comme doué de personnalité (*sogenanntes Zweckvermœgen*) (3). Chez nous cette théorie trouve un éminent défenseur dans M. Planiol (4) : les personnes civiles, ce sont les masses de biens

(1) Gierke critique vivement ce terme employé pour désigner cette situation. — Ce mot personne juridique ne veut rien dire ou peut conduire a des erreurs. — Cf. *Deutsch. Privatr.*, p. 469, note 3.

(2) Giercke : op. cit., p. 473.

(3) Demelius : *Iahrb. f. die Dogmat*, IV, pp. 113 et ss. — Brinz *Lehrbuch der Pandekten*, I, pp. 979 et ss., II, pp. 194 et ss. — Contra Unger, Beseler. — Cf. Giercke : p. 465.

(4) Manuel, I, n° 676.

soumises au régime de la propriété collective, et la Stiftung ou fondation (1) n'en serait que le type allemand. « Ce qu'on appelle personne civile c'est un patrimoine indépendant, une masse de biens (actif et passif) à part ne se rattachant pas au patrimoine individuel de chaque associé. » C'est peut-être un peu trop généraliser l'idée de personnalité : nous venons de voir en effet, dans la Gesammte Hand, qu'il peut parfaitement y avoir des masses de biens dans les conditions qu'énumère M. Planiol, sans pour cela qu'elles soient nécessairement douées de personnalité.

Les adversaires du Zweckvermœgen disent au contraire que des personnes seules peuvent former un sujet de droit, et que dans cette théorie d'une masse de biens personne morale, il y a un patrimoine sans sujet.

L'ancienne théorie romaine de l'universitas, dans son développement postérieur était arrivé, surtout sous l'influence des canonistes du moyen-âge (2), à considérer une personne morale comme un être fictif. A l'époque moderne, l'idée d'une personne fictive fut surtout soutenue par Savigny, et elle eut longtemps une influence presque indiscutée tant en France qu'en Allemagne, et aujourd'hui elle compte encore de très nombreux partisans (3). Cependant cette théorie semble avoir eu son temps.

D'abord un certain nombre de romanistes cherchèrent a supprimer cette personne fictive comme un fantôme sans

(1) La doctrine allemande est arrivée peu à peu à la conception d'un patrimoine indépendant : c'est le patrimoine lui-même qui devient personne juridique : ou plutôt, comme dit Brinz, c'est sa propre destination, son but, qui formme sa base et lui fournit son indépendance et sa vie juridique. — Cf. Saleilles : *Essai d'une théorie générale de l'obligation d'après le projet du C. C. allemand.* — Stobbe : *Handbuch*, I, § 62.

(2) Sur l'œuvre des canonistes, cf. Saleilles : *Annales de droit commercial,* 1895, pp. 70 et ss. — Giercke : *Deustch. Privatrecht.*, pp. 457 et ss.

(3) Puchta, Laband, Renaud, Roth, Unger. — Cf. Giercke : op. cit., p. 464, note 20.

réalité et sans utilité, et quelques-uns d'entre eux retournèrent à l'ancien principe naturel qui fait de la personne juridique une unité collective et formelle.

Enfin, d'après un nouveau système dont Beseler est le promoteur et que Giercke (1) surtout a développé après lui, les personnes morales ne sont pas des fictions, mais des réalités ; Beseler reprend cette idée que les associations de personnes ont une existence véritable qu'elles sont des personnes réelles (2). Il y constate en effet l'existence d'une volonté commune à tous les membres de la collectivité, mais distincte de la volonté individuelle de chacun d'eux, et cependant résidant chez tous : et la résultante en est une entité juridique parfaitement réelle, sinon réalisée ; pour arriver à cetteréalisation il lui faut des organes, ces organes, ce seront les différents pouvoirs chargés de l'administration, qui manifestent au dehors cette volonté collective et une en même temps (3). Non seulement des germanistes comme Bluntschli (4), Heusler (5), Stobbe (6), Gengler (7) ont suivi et soutenu le principe établi par Beseler, mais nous trouvons même comme partisans de cette idée, des romanistes tels que Wachter, Dernburg, Forster, etc., et des canonistes comme Maurer (8).

La conception de la personnalité juridique dans l'ancien droit a été intimement liée à l'idée concrète de corpora-

(1) Giercke : Cf. voc. « Juristiche Person » dans le *Holzendorffs Rechtslex*, II, pp. 426 et ss.

(2) Beseler : *Volksrecht u. Iuristenrecht*, pp. 158 et ss. *Syst. des Deutsch. Privatr.*, I, §§ 66 et ss. — « *Reale Gesammtperson* », dit Giercke, op. cit., p. 465. — Cf. Planiol : *Manuel*, I, n° 473.

(3) Giercke : *Deutsch. Privatr.*, p. 473.

(4) *Deutsch. Privatr.*, § 34.

(5) *Inst.*, I, pp. 253 et ss.

(6) *Handbuch*, I, §§ 29 et ss.

(7) *Deutsch. Privatr.*, 26 et ss.

(8) Cf. Giercke : *Deutsch. Privatr.*, p. 466 et les notes. — *Genossenschaftstheorie*, pp. 5 et ss. et les notes.

tion (1). C'est au droit moderne qu'il faut attribuer la séparation entre le fait et le droit et la construction de la personne morale comme qualité juridique, comme forme abstraite indépendante. Le mérite de cette œuvre revient à M. de Savigny qui, en établissant une distinction acceptée par tout le monde entre deux formes de personnes morales que l'on confondait auparavant, les corporations d'une part, les fondations de l'autre, a ouvert la voie à cette idée que l'existence d'une personne morale était indépendante de celle d'une corporation et pouvait subsister sans elle; cette thèse fût acceptée par tout le monde.

A une époque récente, une nouvelle distinction, créée par Beseler (2) et qui a été chaleureusement soutenue par Giercke (3) établit parmi les formes d'associations une classe spéciale en opposition avec les corporations, c'est-à-dire avec les formes douées de personnalité d'une part, et avec les Gemeinderschaften zu Gesammter Hand, de l'autre; ce sont les « *Genossenschaften* », ou situations collectives dans lesquelles les membres ont en vue d'obtenir des bénéfices patrimoniaux à l'aide de la propriété et de l'usage communs d'un patrimoine social. Cette théorie a trouvé de chauds partisans parmi des savants comme Bluntschli (4), Renaud (5), tandis que d'autres comme Stobbe (6), Gerber (7), Maurer (8), Roth (9), Heusler (10) l'ont vivement combattue.

(1) Cf. Saleilles : op. cit., 1895, pp. 65 et suiv.

(2) *Volksr, ù. Juristenrecht*, pp. 158 et suiv. — *Syst. d. Deutsch. Privatr.*, I, § 71.

(3) *Deutsch Privatr.*, p. 480 et pp. 519 et suiv. *Die Genossenschaftstheorie und die deutsche Rechtsprechung.*

(4) *Deutsch. Privatr.*, I, § 120.

(5) *Deutsch. Privatr.*, §§ 57 et suiv.

(6) *Handbuch*, I, pp. 455 et suiv. et les notes.

(7) *Deutsch. Privatr.*, § 49, *Zeitsch, f. Civil. R. ù Proc.* XII; pp. 193 et suiv.

(8) *Krit. Vierteljahrschrift*, IX, pp. 124 et suiv.

(9) *Zur Lehre der Genossenschaft*, pp. 58 suiv.

(10) *Inst.*, I, pp. 253 et suiv., pp. 262, 268.

Les défenseurs de cette catégorie spéciale, des Genossenschaften, prétendent que dans celles-ci les droits de l'entité juridique ne se séparent pas de ceux des membres qui la composent; qu'entre l'universitas et la communio romaine il y a des formes intermédiaires et que justement les Genossenschaften sont un de ces types dans lequel les règles des deux conceptions romaines sont fusionnées. A l'extérieur, la Genossenchaft apparaîtrait à la fois sous l'aspect de l'universitas et sous l'aspect de la co-propriété par suite de sa division en quotes-parts. Par suite de ces principes, on ne pourrait assimiler cette conception ni à la forme de la personnalité juridique, ni à celle de la co-propriété en main commune. En effet, la Gennossenschaft se distingue clairement de la première conception par ce fait que le sujet du patrimoine social ne se sépare pas nettement comme être distinct des membres qui composent l'association; et, d'autre part, les Genossenschaften ne peuvent se classer parmi les Gemeinderschaften zu Gesammter Hand en raison de leur construction patrimoniale différente; dans les premières, l'objet est la propriété des associés d'après le principe romain de l'attribution de quotes-parts déterminées pendant la durée de l'indivision, tandis que dans les secondes c'est la règle inverse qui forme la caractéristique de l'institution germanique.

Les adversaires, au contraire, trouvent, que malgré la tendance particulièrement économique de certaines sociétés, il n'y a pas de raisons suffisantes pour les considérer comme des formes juridiques à part, et pour les séparer, sous le titre de Genossenschaften, des autres personnes juridiques (1).

La personnalité juridique naît-elle spontanément, par le seul fait qu'une collectivité remplit les conditions qui caractérisent la personne morale, ou faut-il pour consacrer son existence qu'il intervienne une reconnaissance de l'État ?

(1) Sur toute cette question, cf. Sohm : *Deustch. Genossenschaft*, dans *Festgabe der Leipzig. Facultæt.*, pp. 139 et suiv.

Les deux opinions ont leurs partisans. La première est surtout soutenue par Beseler (1) Bluntschli (2), tandis que Stobbe (3) et Giercke (4) défendent la seconde.

Si d'une part il faudrait distinguer les Genossenschaften à la fois des personnes juridiques et des communautés en main commune, il faut séparer encore plus distinctement ces dernières formes d'association du principe de l'être moral. Nous avons vu que la personne juridique, être réel, représente une volonté commune autonome et qu'à ce titre elle peut acquérir, contracter, etc. Mais pour cela elle a besoin d'un représentant absolument comme un incapable (5), le sujet juridique a besoin d'un *organe* qui mette en œuvre cette volonté (6). Les actes de cet organe apparaissent comme des actes de la personne juridique.

La personne morale est un être distinct des membres qui composent la société et c'est là la distinction capitale qu'il faut établir tout d'abord entre la conception de la personnalité juridique et la théorie de la copropriété en main commune, dans laquelle l'unité extérieure du sujet ne se sépare pas de la collectivité qui en est la base.

Aussi, dans le premier cas, c'est l'être moral qui est le seul propriétaire du patrimoine commun et qui a le droit d'action sur cet objet; au contraire, dans la Gesammte Hand, il n'y a pas de droit séparé, il n'y a qu'une unité juridique externe, formée par la somme de tous les membres : ce sont tous les membres ensemble qui sont propriétaires, qui agissent. Il y a entre la personnalité et la Gesammte Hand, la même différence qui a toujours existé entre les deux

(1) *Volksr. u. Juristenr.*, pp. 172 et suiv. *Syst.* I, § 67.

(2) *Deutsch. Privatr.*, § 34.

(3) *Handbuch*, § 52.

(4) *Genossenschaftstheorie* pp. 16 et suiv. *Deutsch. Privatr.*, p. 431.

(5) Stobbe : *Handbuch*, I, § 53. Voy. dans la note 3, p. 472, une comparaison intéressante entre cet organe et l'organisation de la tutelle.

(6) Giercke : *Deutsch. Privatr.*, p. 497.

formes auxquelles ont été anciennement liées ces deux idées, entre la corporation et la communauté : « Dans la communauté, dit M. Saleilles (1), la collectivité reste une union de personnes réelles dont l'individualité ne disparaît pas au point de vue du droit : dans la corporation au contraire, ces individualités disparaissent pour faire place à l'autorité administrative permanente remplaçant les personnalités réelles de la vie juridique : c'est une absorption des individualités vivantes dans une entité organisée qui les représente. »

De cette distinction capitale découlent toutes les autres différences ; tandis que dans la personnalité, par suite de l'existence d'un être distinct, il y a une volonté indépendante ; dans la Gesammte Hand au contraire, aucun des communiste n'abdique sa volonté : la volonté dirigeante dans la Gesammte Hand représente les volontés de tous les communistes, tandis que la volonté qui agit dans l'autre principe, c'est celle de l'être moral (2). Et cette volonté de la personne morale a besoin forcément d'une représentation constituée par un organisme corporatif, tandis que dans la Gesammte Hand, il n'y a pas d'organisme : il n'y a que tous les membres ensemble.

Si on se reporte à ce qui a été dit sur l'administration et la représentation de la Gesammte Hand, on verra que dans cette dernière il y a aussi une certaine organisation. Mais ce qui lui manque, c'est une conception qui soumette les différents membres à une unité supérieure ayant une volonté commune, mais séparée de celle des membres : la raison en est que dans la Gesammte Hand, l'administration, dans son fondement, est une administration par les membres eux-mêmes. Dans la place supérieure qu'occupe un des membres de la communauté au-dessus des autres, se trouve un pouvoir relatif sur les personnes : il peut disposer des parts des autres membres : mais ce n'est pas en vertu d'un droit de

(1) *Annales de Droit comm.*, 1895, p. 68.

(2) Cf. Heusler : *Inst.*, I, p. 248.

propriété ou de tout autre droit réel, mais en vertu du droit qui lui appartient sur les sujets de ce patrimoine, sur les personnes des autres membres : c'est un pouvoir qui peut être assimilé à celui qui est attribué au tuteur sur les biens du mineur, par suite de son pouvoir sur la personne. Le communiste qui dans la Gesammte Hand est chargé de l'administration, n'agit pas comme une véritable organe en usant d'un droit qui appartiendrait à la collectivité, mais en mettant en jeu un droit qui lui est propre comme membre de la communauté. Dans la Gemeinderschaft zu Gesammter Hand, il n'y a pas nécessité d'établir un organisme, parce qu'il s'agit d'un sujet de droit qui ne se distingue pas dans son unité de la collectivité des membres ; et c'est la volonté de ceux-ci qui dirige et agit. Dans la personne morale au contraire, le sujet se séparant distinctement des associés, il est clair que ce sujet a besoin d'un organisme qui manifeste cette volonté propre et distincte.

Cependant, s'il y a entre la Gesammte Hand et la personnalité juridique des différences très accentuées, il faut bien remarquer qu'au point de vue de la situation patrimoniale, nous arrivons dans la propriété en main commune exactement à la conception que représente un patrimoine doué de personnalité, c'est-à-dire à l'idée d'un patrimoine séparé, ayant une destination particulière, réservé comme gage exclusif aux créanciers de la communauté, et de plus indisponible pour tous ceux qui n'ont pas droit à sa gestion. Ce qui confirme ce que nous disions tout à l'heure qu'il n'est pas indispensable, lorsqu'un patrimoine remplit ces conditions, qu'il soit doué de la personnalité juridique.

Section II.

§ 1. — Il est intéressant de savoir la place que la théorie de la Gesammte Hand occupe, depuis le complet achèvement de son évolution, dans les œuvres législatives nouvelles de

deux peuples de race purement germanique, c'est-à-dire dans le nouveau Code civil allemand (1) et dans le projet d'un Code civil qui s'élabore actuellement pour la Suisse.

La préparation du B. G. B. a donné lieu aux luttes les plus ardentes entre les germanistes d'une part et les romanistes de l'autre; les deux partis ont, en effet, cherché chacun de leur côté à faire prévaloir leurs théories dans cette œuvre.

Le premier projet, terminé en 1887, donnait exclusivement raison aux idées romaines. Celles-ci formaient la base du droit des associations et particulièrement des associations non douées de personnalité qui se trouvaient soumises au régime de la co-propriété romaine. D'ailleurs le système général, qui posait les règles applicables à toutes les formes de collectivité, toutes les fois que le projet n'en déciderait pas autrement (2), se rapprochait beaucoup de la con ception de la communio romaine : il n'y avait que de très petites différences (3).

Ce projet, vivement attaqué par les germanistes, qui réclamaient dans une œuvre allemande une plus grande part accordée au droit national, et principalement par Giercke et

(1) *Bürgerliches Gesetzbuch.* — Nous le désignerons le plus souvent par ces trois initiales B G. B. L'idée d'une législation uniforme pour tous les pays de l'Allemagne s'était fait jour depuis longtemps : on la trouve déjà exprimée à l'époque de la reception du droit romain, qui semblait tout fait pour servir de modèle à un droit commun, cf. Eck : *Vortræge über das Recht des B. G. B.* § I, p. 1, note 1. Mais elle n'a pris corps qu'avec la loi du 20 décembre 1873 qui nommait une commission chargée d'élaborer le texte d'un Code Civil pour l'empire d'Allemagne. Deux projets successifs aboutissent en 1895 à un Code en vigueur depuis le 1er janvier 1900.

Pour l'état des différentes législations en Allemagne avant le B. G. B., cf. Giercke : *Deutsch. Privatr.*, pp. 63 et suiv.

(2) Le projet ne faisait exception que pour les régimes de communauté entre époux, auxquels s'appliquaient les principes de la Gesammte Hand.

(3) Cf. Sohm : *Die Deutsche Genossenschaft*, dans *Fetsgabe der Leipzig. Facultæt f. Windscheid*, pp. 139, 181. — Stobbe : *Handbuch*, I, p. 435, II, pp. 73 et 74.

par Baehr (1), donna lieu à une seconde rédaction et à une deuxième lecture ordonnée en 1890 (2). C'est ce dernier travail qui devint le B. G. B.

Le nouveau Code civil a forcément fait faire la paix entre les germanistes et les romanistes dont les luttes juridiques n'ont plus le même but; mais si les éléments germaniques et romains, se trouvent fusionnés dans la structure, il semble cependant que les idées romaines aient triomphé, car dans bien des cas celles-ci apparaissent clairement; et comme nous le verrons à l'occasion de la Gesammte Hand, la théorie de la co-propriété romaine paraît avoir fortement prévalu (3).

Remarquons tout d'abord que la co-propriété romaine, c'est-à-dire une forme de propriété collective par quotes, que Ioerges appelle la co-propriété libre (4), est la forme générale de la communauté de propriété du B. G. B. Cette copropriété par quotes « *Gemeinschaft nach Bruchtheilen* » est la règle pour toute communauté (art. 741 à 758) (5), à moins que le Code n'en décide autrement (6).

(1) Cf. Eck : op. cit., § 3

(2) Pour l'histoire des différents projets, cf. Eck : op. cit., §§ 2, 3, 4 et 5.

(3) Cf. Giercke : *Personengemeinsch und Vermœgensinbegriffe in dem Entwurfe* dans *Bekker's und Fischer's Beitrage*, p. 2.

(4) « *Freies Miteigenthum* » A cette co-propriété libre, Ioerges oppose le « *Gebundenes Miteigenthum* » Il désigne sous ce nom des formes de propriété collective dans lesquelles, par suite de l'influence d'une communauté de personnes, le droit de disposition des membres sur le patrimoine commun se trouve restreint et pour ainsi dire annulé. C'est la seule situation qu'il reconnaisse; pour lui l'expression Gesammte Hand n'a pas de sens spécial, et les principes particuliers que désigneraient ces mots ne seraient qu'une variété de la copropriété ordinaire. Ioerges. *Zur Lehre vom Miteig. u. der, G. H. nach, deut. Reichsrecht*, dans *Zeitschr f. das Handelsrecht*, XLIX et LI, §§ 12 et 13.

(5) Art. 741 : « *Steht ein Recht Mehreren gemeinschaftlich zu, so finden sofern sich nicht aus dem Gesetz ein anderes ergiebt, die Vorschriften, der §§ 742 bis, 758 Anwendung (Gemeinschaft nach Bruchtheilen).* » Cf. art. 1008 et 1011.

(6) Cf. Ioerges : op. cit., § 10. — Endemann : *Einführung in das*

La forme germanique de la propriété collective, la Gesammte Hand n'apparaît au contraire que comme une situation exceptionnelle, généralement dans tous les cas où la communauté de propriété trouve son fondement dans un lien personnel (1); c'est ainsi que nous la rencontrons spécialement dans la communauté de biens entre époux, soit universelle, soit particulière, et dans la communauté continuée (2); mais on la trouve cependant aussi dans la communauté entre cohéritiers, dans les sociétés civiles, et dans les associations sans personnalité.

Cependant, même dans ces cas où il semble que l'on ait donné la préférence aux théories et aux principes du droit germanique, on ne trouve pas la Gesammte Hand absolument pure de toute influence romaine. La situation patrimoniale y comprend bien des droits et des obligations qui sont communs aux associés, aux cohéritiers ou aux époux comme tels ; mais l'unité patrimoniale externe ne paraît pas entraîner ici cette intime confusion des droits et des choses qui se trouve exprimée dans la théorie exposée par Gierckc. théorie dans laquelle le patrimoine forme « *ein Vermægensinbegriff als solcher mit allen darin enthaltenen dinglichen und persœnlichen Rechten und Pflichten* (3) ». C'est peut-être dans la communauté entre cohéritiers que la conception du B. G. B. se rapproche le plus de celle de Gierckc (4). Mais pour les autres cas il semble que cette idée, que l'objet de la

Studium des B. G. B. I, § 182. — Gierckc : op. cit., p. 56 — Roth : *Bay. Civilr*, II, § 137.

(1) Et même la pensée d'un lien personnel fondamental, d'une communauté juridique de personnes au sens propre exposé plus haut (*supra*, chap. I, pp. 10 et ss.) semble étrangère au B. G. B. Cf. Gierckc : op. cit., p. 54.

(2) Voir *infra*, chap. II, pp. 131 et ss.

(3) *Genossenschaftstheorie*, p. 363. — Cf. *supra*, chap. I, p. 41.

(4) Iœrges : op. cit , § 9, p. 178. — *Contra*, Endemann : op. cit., I, p. 818. — Cf. *infra*, p. 83.

communauté zu Gesammter Hand se trouve être représentée par un patrimoine dans son entité et non par les différents droits et les différentes choses qui composent ce dernier, s'est ressentie de l'influence des idées romaines. Voici en effet comment le B. G. B. formule le principe de la Gesammte Hand : « Ein Gesellschafter kann über seinen Antheil *an den einzelnen züm Gesellschaftsvermœgen gehœrenden Gegenstœnden nicht verfügen* » (art. 719 Cf. art, 1442, 2033[2]). On ne peut nier que les idées romaines sur l'existence de quotes-parts et sur la distinction des éléments particuliers composant le patrimoine social ont eu leur contre-coup sur cette rédaction : on ne trouve pas en effet dans cet article 719 l'idée germanique pure d'un « Vermœgen als Ganzes (1) ».

Cependant on peut dire que la théorie de la Gesammte Hand, quoique un peu « romanisée » (*Romanisirt*), s'il est permis de traduire ainsi une expression allemande qui exprime clairement notre idée, survit dans le B. G. B. avec ses règles principales. Nous allons le voir rapidement pour les cas énumérés ci-dessus, en laissant de côté pour l'instant, les règles relatives à la communauté entre époux que nous exposerons en détail au chapitre suivant (2).

Lorsqu'il y a plusieurs héritiers à une même succession, ceux-ci forment entre eux une communauté à laquelle appartient l'héritage du défunt jusqu'au partage (3). Cet héritage forme un patrimoine séparé sans qu'il soit question ici d'être moral. Un cohéritier ne peut aliéner sa part d'un objet héréditaire (art. 2033[2]) (4) ; les cohéritiers ne peuvent disposer qu'ensemble (*Gemeinschaftlich*) d'un objet de la succes sion (art. 2040[1]). C'est donc la Gesammte Hand qui agit ici ; mais nous ne trouvons pas de représentant légal comme dans d'autres institutions.

(1) Iœrges : op. cit., § 9, p. 183. *Contra*, Endemann : op. cit., II[1], p. 8. — Giercke : *Personengemeinsch*, p. 106 et s.

(2) *Infra*, chap. II, p. 213 et ss.

(3) Art. 2032 à 2063.

(4) Il peut cependant par acte notarié disposer de sa part dans la succession, art. 2033[1].

Dans le régime des sociétés (1) on trouve de nombreuses traces de la théorie germanique (2). L'art. 706[2] dit que l'objet de la société est la propriété commune des associés (*Gemeinschaftliches Eigenthum der Gesellschafter*). Cet objet est un patrimoine séparé, sans personnalité juridique (*Gesellschaftsvermœgen*). Et dans l'art. 719 se trouve reproduite cette règle principale de la Gesammte Hand qu'un associé ne peut disposer seul de sa part dans le patrimoine social ; ce patrimoine unifié est la propriété de tous les associés (3) et il ne peut en être disposé qu'au nom de tous. Puis dans l'art. 709 on rencontre un autre principe de la propriété en main commune : l'administration de la société appartient aux associés en commun ; et pour chaque acte, le concours de tous doit être requis. Ce qui n'empêche pas d'ailleurs, tout comme dans les anciennes communautés zu Gesammter Hand, l'administration de pouvoirs être confiée à un seul ou à plusieurs représentants (art. 710, 711, 712, 713 et particulièrement 714).

Il faut rapprocher du régime des sociétés établies par le B. G. B. la situation qui est faite par la nouvelle législation aux associations sans personnalité juridique. C'est pour ce cas, grâce aux clauses conventionnelles, que la loi autorise d'insérer dans les Statuts, et dont plusieurs deviendront certainement de style, que nous trouvons le système qui se rapproche le plus du véritable régime des communautés zu Gesammter Hand. Mais avant d'aborder cette question, il est intéressant de voir en quelques lignes quel est le système adopté par le B. G. B. pour les associations qui sont douées de personnalité, et pour les personnes morales en général.

Le nouveau Code civil allemand ne traite pas de la constitution juridique de la personnalité ; il se borne à parler

(1) Art. 705 à 740.

(2) Cf. Ioerges : op. cit., § 11. — Planck : B.G.B., p. 480.— Giercke: *Personengem. u. Vermœgensinb.*, p. 95 et s.

(3) Cf. Ioerges : op. cit., § 11 et note 208. — Giercke : *Personengem. u. Vermœgensinb*, p. 95 et s.

d'associations douées de personnalité (*Vereine*) (1) et de fondations (*Stiftungen*) (2) sans les définir. Il a été exprimé dans les motifs que le B. G. B. n'entendait pas prendre parti dans les controverses antérieures relatives à la conception de la personnalité : la question est laissée à la discussion de la doctrine. Mais il paraît résulter de l'art. 26, que l'idée de la loi est que dans toute personne juridique il faut une organisation, un organe (3), grâce auquel se trouve mise en œuvre la volonté dirigeante, et qu'en outre il faut chercher le fondement de la personne morale dans la capacité qui lui est accordée d'avoir un patrimoine.

Quant aux associations, elles se divisent en deux classes : celles qui sont douées de la personnalité juridique (*rechtsfæhige Vereine*) et celles qui ne le sont pas (*nicht rechtsfæhige Vereine*). Pour l'acquisition de la capacité juridique et de la personnalité, les premières sont soumises, suivant leur but, à la condition d'une inscription dans un registre spécial, ou à celle d'une concession émanant d'un des états allemands (art. 21 et 22) (4).

Il se peut donc qu'une association, bien que n'étant pas illicite, ne se trouve cependant pas douée de la personnalité juridique : elle peut en effet avoir négligé de se soumettre aux prescriptions imposées ; ou bien le caractère d'être moral peut lui être refusé ; ou bien encore on peut se trouver dans le cas suivant : les membres d'une association personne morale dissoute restent unis en une nouvelle association.

Toutes ces situations se trouvent réglées par l'art. 54 que voici : « Les associations qui n'ont pas la capacité juridique

(1) Art. 21 à 79. — Cf. Eck : op. cit., § 14 et s.— Planck : op. cit., sous art. 21 et s.

(2) Art. 80 à 88. — Cf. Eck : op. cit., § 22. — Saleilles : Note sur art. 21, *Bulletin de la Société de Législation comparée*, 1900, p. 262.

(3) Cf. *supra*, chap. I, p. 77, ce qui a été dit sur la personnalité.

(4) Cf. Eck : op. cit., § 19. — Saleilles : op. cit., p. 264.

sont régies par les dispositions relatives à la société. Tout acte juridique accompli à l'égard d'un tiers au nom d'une association de cette nature engage la responsabilité personnelle de celui qui l'a accompli ; s'il émane de plusieurs agissant en commun, ceux-ci sont tenus solidairement. » (1).

L'admission d'une théorie devant régir ces associations sans personnalité a donné lieu a de nombreuses discussions dans les différents projets (2). Parmi les systèmes qui ont été exposés à ce sujet, la proposition avait été faite d'appliquer la conception germanique de la copropriété en main commune à ces associations ; et en fait, bien que l'idée doctrinale pure ait été rejetée, l'application, par l'art. 54, aux associations non douées de personnalité, du régime des Sociétés, avec la faculté qui leur est accordée d'écarter par voie de convention la plupart des règles, spéciales à la Société, qui auraient pu se trouver en désaccord avec la nature de cette association, aboutit à ce résultat d'une propriété zu Gesammter Hand. Nous allons le voir en établissant la situation de ces associations.

Les divers apports des associés forment un patrimoine qui appartient en main commune à ceux-ci. Ce patrimoine ne devient pas propriété de l'association : il n'y a pas d'inscription au grand livre en son nom, mais au nom de tous les associés ; il appartient *gemeinschaftlich*, c'est-à-dire « zu Gesammter Hand » aux membres de l'association (art. 718).

Ces membres forment entre eux une communauté qui est le sujet du patrimoine et il n'y a pas ici une personne juridique distincte. Le patrimoine appartient à cette communauté et il ne peut en être disposé que par un acte commun, mit Gesammter Hand, donc par une volonté collective

(1) Traduction Saleilles : *Bulletin de la Société de législation comparée*, 1900, p. 452, cf. note sous le même article. — Eck : op. cit., §§ 20 et 21. — Plank : B. G. B , I, art. 54.

(2) Pour ces discussions, cf. Saleilles : op. cit., pp. 452 et ss. — Planck : B. G. B., I, p. 103.

qui existe même encore au cas où il y a un représentant. Pour cette même raison d'une propriété en main commune, les droits particuliers de chacun des membres ne se trouvent pas représentés par une quote-part individuelle.

Chacun des associés ne peut donc disposer de l'élément qui lui revient dans le tout, et ses créanciers ne le pourraient pas plus que lui ; un associé ne pourrait de même demander le partage, et aucune compensation ne saurait avoir lieu entre une créance contre l'un des associés, et la part de celui-ci dans une créance de la société contre le créancier de cet associé (art. 719). Un créancier personnel de l'un des associés ne pourrait pas, tant que dure l'association, saisir la part de son débiteur dans le patrimoine social : il est vrai que l'art. 725 permet à ce créancier d'exiger la dissolution, afin d'obtenir un partage.

En matière de société, il y a dissolution au cas de décès ou même de retraite d'un associé. Mais l'art. 737 permet de stipuler qu'un associé pourra se retirer sans que la société se trouve dissoute, et même sans que cet associé ait le droit d'exiger sa part : il résultera probablement de cette faculté accordée une cause de style qui rapprochera de plus en plus cette situation du régime d'une communauté zu Gesammter Hand.

La gestion appartient à des associés gérants qui représentent les associés dans leur communauté et non l'association en tant qu'association. Les effets des actes de ces représentants se réalisent par suite pour ou contre les associés ; aussi ceux-ci sont-il personnellement tenus des dettes sociales, au moins au cas où l'actif social se trouverait insuffisant (art. 735). Dans l'art 54 nous trouvons une responsabilité particulière du gérant ; mais ce n'est là qu'une garantie supplémentaire et les principes de l'art. 735 ne sont pas changés. Cependant il est admis, à l'égard de la responsabilité des associés, que l'on pourrait convenir dans les contrats passés avec un tiers que les associés ne répondraient des obligations contractées que jusqu'à concur-

rence de leur part du patrimoine social, sauf alors un recours subsidiaire contre le gérant seul (1).

§ II. — La matière dont nous traitons spécialement dans cette thèse ne nous permet pas de nous arrêter à tous les cas d'application que cette théorie si simple d'une propriété en main commune pourrait rencontrer dans notre droit, particulièrement dans le domaine des sociétés et surtout des sociétés de commerce (2) ; nous ne verrons en détail que les résultats que l'on peut obtenir en traitant la communauté entre époux comme une communauté zu Gesammter Hand.

Mais il est néanmoins intéressant de remarquer ici la ressemblance qu'il y a entre la théorie allemande et le système que la jurisprudence française a admis en matière d'associations simplement autorisées (3).

La jurisprudence de la Cour de cassation a créé une situation intermédiaire entre le principe d'inexistence de l'association non reconnue par la loi, et le régime de la personnalité qui donne la vie aux associations. On ne saurait, à cette situation particulière, appliquer de nom spécial ; on ne peut se servir que des termes mêmes qu'emploie la Cour de cassation dans ses arrêts qui parlent de l *individualité* des associations simplement autorisées (4).

(1) Cf. Saleilles : op. cit., p. 457. — Planck : op. cit., sous art. 54, p. 104. Ce dernier admet même que cette limitation pourrait être établie une fois pour toute dans les statuts. — *Contra*, Eck : op. cit , p 84.

(2) Cf., à ce sujet, Saleilles : *Annales de droit commercial*, 1897, pp. 60 et ss.

(3) Cf. Planiol : *Manuel*, I, n° 738 et ss.

(4) Cassat., 25 mai 1887, S, 88, I, 161. — Cassat., 30 août 1895, S. 60, I, 359. — Cassat., 2 janvier 1894, S. 94, I, 129. — Cette théorie qui se trouve pour ainsi dire à côté des lois est née d'une erreur sur la nature et le but de l'autorisation préfectorale. (Cf. sur son origine, Planiol, op. cit., n° 744.) Mais il faut remarquer d'ailleurs que si ce système n'est pas consacré par la loi, le législateur autorise cependant et reconnaît l'existence de plusieurs institutions non reconnues d'utilité publique (cf. loi 15 juillet 1850 sur les société de secours mutuels, art. 12. — Loi 2 juin 1891 sur les courses de chevaux).

Ces arrêts comprennent sous le nom d'associations douées seulement d'individualité les associations simplement approuvées par l'administration : cette simple approbation, qui ne suffit pas pour leur conférer les droits qu'elles auraient si elles étaient personnes juridiques, produit cependant certains effets.

Ainsi la jurisprudence accorde à ces associations la capacité d'être représentées en justice par leurs administrateurs ; et les derniers arrêts reconnaissent le droit à une représentation juridique par un ou plusieurs gérants, alors même que ce pouvoir du représentant ne serait pas spécialement exprimé dans les statuts.

La jurisprudence permet par suite à ces mêmes administrateurs de contracter au nom de la collectivité : l'association peut donc devenir créancière ou propriétaire par le moyen de son représentant, elle pourra donc en fin de compte avoir un patrimoine (1).

Il nous semble que c'est ici le cas de parler d'une propriété en main commune, puisqu'il n'y a pas de personnalité juridique. Nous avons vu en effet que la Gesammte Hand aboutit à la conception d'un patrimoine séparé appartenant à une collectivité et non à un être moral distinct des membres ; patrimoine cependant distinct des patrimoines particuliers de chacun des associés. M. Planiol, qui considère l'existence d'un patrimoine séparé, indépendant, comme une cause fondamentale, créatrice de l'être moral, n'admet pas dans le cas qui nous occupe qu'il puisse y avoir un patrimoine ayant sa vie propre et indépendante à côte de patrimoines des membres qui font partie d'une association simplement douée d'individualité, puisque dans ce cas il n'y a pas de personnalité juridique. D'après lui, tout ce qu'elle possède « reste dans l'état d'indivision entre ses membres, état qui n'est qu'une des formes de la propriété individuelle » (2).

(1) La jurisprudence lui refuse seulement la capacité d'acquérir à titre gratuit.

(2) Planiol : op cit., n° 734.

Il nous semble au contraire, qu'il faut parler de propriété collective et plus spécialement de copropriété zu Gesammter Hand. Le patrimoine que la jurisprudence arrive à accorder aux associations sans personnalité forme une masse à part qui dans son entité a son existence propre : cette masse est propriété de tous les associés dont la situation se trouve réglée par les principes de la Gesammte Hand exposés plus haut.

§ III. — La Suisse n'est pas encore à l'heure actuelle dotée d'une législation uniforme ; mais elle le sera sous peu, car le travail de codification est en bonne voie d'achèvement.

On peut dire que le dernier projet, quoique très voisin dans ses idées du nouveau Code civil allemand, donne une plus large place au droit germanique et national en général et en particulier à notre théorie de la Gesammte Hand ; et ce qu'il faut remarquer surtout, c'est qu'ici la conception juridique du système apparaît dans la pureté des principes germaniques, sans se ressentir des influences romaines comme dans le B. G. B., bien qu'en Suisse, l'opposition des romanistes ait certainement été aussi vive qu'en Allemagne. Il faut dire, il est vrai, que le système de la propriété en main commune a trouvé son plus chaud partisan dans M. le professeur E. Huber qui est le véritable directeur des travaux actuels (1).

(1) La législation de la Suisse offre un tableau des plus bigarrés : autant de cantons, autant de codifications différentes ; et les inconvénients d'une telle diversité se font sentir avec plus de force encore dans un aussi petit pays (Cf. Mentha : *Bulletin de la Société de législation comparée*, 1901, p. 361). La réalisation du souhait d'une législation uniforme pour toute la Suisse doit sa naissance à l'idée qu'avait eue en 1883 la Société Suisse des Juristes « *de provoquer une étude comparée complète des Législations civiles des Etats de la Suisse*..... » M. E. Huber fut chargé d'entreprendre cet immense travail qui aboutit à son œuvre si complète connue sous le nom de « *System und Geschichte* des *Schweizerischen Privatrechts* », dont les quatre volumes parurent successivement en 1886, 1888, 1889 et 1893. — C'est à la suite de cet ouvrage que l'autorité exécutive

Pour l'acquisition de la personnalité juridique, le projet n'exige pas un privilège ou concession accordés par l'État ; il suffit que la volonté indubitable de donner naissance à une personne morale ressorte des formes constitutives de l'association, formes qui varient naturellement avec les différentes espèces de personnes juridiques (1).

Les associations (art. 78 et 81) peuvent naître et acquérir ainsi la personnalité juridique sans qu'il soit requis une inscription dans un registre public : la faculté d'avoir recours à cette publicité leur est laissée mais cette inscription n'est pas exigée pour l'acquisition de la personnalité.

L'art. 81 soumet comme l'art. 54 du B. G. B. les associations qui ne sont pas douées de personnalité, au régime des sociétés.

L'idée germanique de la communauté, de la Gemeinschaft, se retrouve fréquemment dans le projet comme inhérente à tout groupement humain (2). On la rencontre principalement à la base de la situation des membres de la famille qui se trouvent réunis sous l'autorité domestique, la *Haugewalt*, du mari (3).

Basée sur cette communauté on voit apparaître la Gesammte Hand dans le régime de communauté entre époux, dont nous étudierons le caractère plus loin (4).

Enfin, pour la communauté entre cohéritiers, malgré l'opposition des romanistes, M. Huber vient de faire triompher

fédérale demanda à M. le professeur Huber de s'occuper d'un projet de Code civil Suisse.

Voici l'état actuel des travaux : il a paru aujourd'hui en texte allemand avec traduction française.

Le projet des livres I et II, droits des personnes et de la famille.

Le projet du livre IV, droit réels.

Le projet du livre III, droit de succession.

(1) *Erläuterungen zum Vorentwurf.*, pp. 80 et suiv. — Cf. E. Huber : *Schweiz.*, *Privatrecht.*, I, §§ 157 et suiv.

(2) Cf. *Erläuterungen*, p. 29.

(3) Cf. Avant-projet, l. II, tit. IX, sect. II.

(4) Cf. *infra*, chap. II, pp. 128 et ss.

à la session tenue à Lucerne au mois d'octobre 1901, les principes de la Gesammte Hand et a fait accepter l'idée d'une propriété en main commune sur la masse des biens laissés par le défunt.

C'est dans cette situation que notre théorie prend dans cette nouvelle législation une importance toute particulière. Et nous nous proposons d'en donner quelques détails à l'occasion des vestiges dans le droit moderne des anciennes Gemeinderschaften entre frères (1).

(1) Cf. *infra*, chap. IV, pp. 308 et suiv.

CHAPITRE II

Les différents systèmes de la doctrine française sur le caractère juridique de la Communauté entre Époux du Code Civil

La théorie du Mitheigenthum zu Gesammter Hand appliquée au même régime en Allemagne et en Suisse : son importance aux différentes périodes de l'histoire ancienne et moderne.

SECTION I.

§ 1. — Le mariage est la raison entre l'homme et la femme qui s'unissent par ce lien, d'une association de nature spéciale, douée d'un caractère tout particulier d'intimité, que l'on ne rencontre au même degré dans aucune autre forme de société (1). Cette union intime apparaît non seulement pour les personnes des époux qui sont, suivant la forte expression du christianisme, « duo in carne una », mais elle existe encore pour leurs patrimoines ; et dans les régimes matrimoniaux les plus différents on retrouve toujours cette idée fondamentale d'une mise en commun de certains biens nécessaire pour la contribution par les deux époux aux charges diverses qu'entraîne le mariage ; mais entre tous c'est le régime de communauté qui réalise au plus haut degré cette union

(1) Cf. Pothier : *Œuvres*, t. I, p. 214.

des biens semblable à celle des personnes, et qui répond le mieux à ce besoin d'unité patrimoniale qui se fait sentir à tous les moments de la vie conjugale.

En effet, ce dernier régime repose sur l'idée d'une confusion des patrimoines des deux associés ; et il en résulte que pendant toute la durée du mariage il n'y a qu'une seule masse. dans laquelle leurs droits sont confondus. Cette mise en commun peut comporter plus ou moins d'extension suivant que la communauté embrasse le patrimoine entier de chaque époux ou seulement certaines parties de ce dernier, mais le principe d'union et d'unité propre au régime de communauté reste toujours le même.

En France le régime légal, c'est-à-dire le régime de tous ceux qui se marient sans avoir dérogé par une convention spéciale aux règles fixées par la loi, établit entre les époux une communauté composée d'une part des biens meubles qui appartiennent aux époux à l'époque de leur mariage ou qui leur échoient pendant la durée de l'union conjugale par suite de donations ou de successions, et d'autre part des acquêts, mobiliers ou immobiliers, faits durant le mariage ainsi que des revenus des biens qui restent propres aux époux (art. 1401.) — Ces différents éléments forment un patrimoine commun destiné à subvenir aux charges du mariage et à être partagé également lors de la dissolution entre les époux ou leurs représentants. A côté de cette masse il faut distinguer les patrimoines propres à chaque époux, composés des biens qui ne tombent pas en communauté. Il y a donc trois patrimoines : celui de la communauté et chacun des patrimoines des époux ; ces trois masses de biens sont dans la main du mari qui en a l'administration (art. 1421-1428).

Dans cette société de biens, il semble que le mari et la femme devraient logiquement être considérés comme deux associés égaux ; évidemment il faut que le pouvoir dirigeant, nécessaire dans toute association, appartienne à l'un d'eux, et dans notre cas au mari qui est appelé à cette fonction

par la nature elle-même qui lui a donné au physique comme au moral plus de force qu'à la femme. Mais cette place dominante du mari, nous le verrons dans le cours de notre thèse, ne change rien à la situation égale d'associée qui appartient réellement à la femme ; et il est d'autant plus juste de rétablir ce principe méconnu d'égalité que les mœurs actuelles relèvent de plus en plus la femme dans la société et tendent à lui donner une situaiion sociale de plus en plus semblable à celle de l'homme.

Parties d'un point de vue erroné, le mundium, et soutenues par les principes du droit canon et du droit romain qui tous deux désignaient la femme comme un être éminemment débile et faible, les théories des jurisconsultes de l'ancien droit faisaient bien de la communauté entre époux une société, mais considéraient les deux conjoints comme des associés inégaux, au point de n'accorder à l'épouse qu'un droit presque insignifiant. Ces théories ont malheureusement laissé des traces profondes, et de nos jours encore vive est la discussion sur le point de savoir à quelle solution il faut s'arrêter pour définir les droits du mari et ceux de la femme sur le patrimoine commun, c'est-à-dire pour établir quel est le caractère juridique de la communauté entre époux.

Nous allons parcourir les divers systèmes qui ont été jusqu'ici émis par la doctrine à ce sujet ; et nous verrons que les conclusions auxquelles ils aboutissent ne sont pas satisfaisantes lorsqu'il s'agira d'expliquer certaines particularités du Code ; et nous chercherons si la solution de ces difficultés ne peut se trouver dans un principe plus simple que l'on applique à l'Etranger dans le même cas et dont notre science juridique a à peine pris connaissance.

§ II. — L'idée de considérer la communauté entre époux comme une simple société civile a été depuis longtemps abandonnée ; notre institution est en effet loin de correspondre dans sa conception générale à la définition que l'art. 1832 du Code civil donne d'une semblable situation. Car si

dans le régime qui nous occupe les deux époux conviennent, il est vrai, de « mettre quelque chose en commun », ils s'écartent de ce point de vue, essentiel à tous ceux qui forment une société au sens de l'art. 1832, d'arriver à réaliser des bénéfices. En fait, si le mari surtout et quelquefois la femme aussi, par leur labeur quotidien, cherchent à augmenter l'importance du fonds commun, si souvent la fortune commune des deux époux s'accroît durant le mariage, il n'y a dans ce fait que le résultat d'un sentiment très profond d'affection et de prévoyance qui pousse les parents à donner à leurs enfants tout le bien-être possible et à leur laisser après eux de quoi s'établir et fonder une famille à leur tour. Et certes, on ne peut parler dans ce cas de bénéfices réalisés ; il n'y a pas d'esprit de lucre ; aucun des époux n'entre dans la communauté avec cette idée d'en sortir un jour plus riche. Il y a, tout au contraire, une idée de dépouillement qui se réalise dans la constitution d'une masse de biens nécessaire à l'entretien et à l'éducation des enfants qui pourront naître de l'union des époux.

Il existe d'ailleurs des différences plus précises encore qui tiennent aux règles juridiques mêmes qui régissent d'une part la communauté entre époux, et de l'autre la société civile.

Ainsi le contrat de mariage ne peut, une fois que les époux sont unis, être modifié, à la différence d'un contrat de société ordinaire (art. 1395) ; et la loi seule fixe le point de départ et le terme de la communauté entre époux (art. 1399 et 1441), tandis que toute liberté est laissée sur ce point aux autres associés (art. 1843 et 1865). Dans la société civile chaque associé a un droit égal d'administration ; dans la communauté au contraire, ce droit appartient au mari seul (art. 1388). L'art. 1868 permet de stipuler, qu'en cas de décès d'un des associés, la société continuera avec les héritiers du défunt ; l'art. 1442 prohibe au contraire l'ancien usage de la communauté continuée (1).

(1) Comparez encore l'art. 1837, al. 2, avec l'art. 1526. — L'art.

§ III. — On ne peut non plus parler dans notre cas d'un usufruit du mari sur le bien commun. Car le mari est si peu tenu de conserver la substance de ces biens (principe qui est de l'essence de l'usufruit) qu'il peut les faire servir à payer ses dettes, les aliéner, les perdre même, sans qu'on puisse lui en demander compte (1).

§ IV. — Nous arrivons maintenant à une théorie qui pendant longtemps a été la seule admise par la doctrine et par la jurisprudence, et qui considérait le mari comme seul propriétaire des biens communs.

Cette doctrine invoquait à son appui la thèse que professait Dumoulin, d'après le texte de l'art. 105 de l'ancienne Coutume de Paris, lequel, ainsi que l'art. 225 de la nouvelle rédaction, disait « que le mari est seigneur des meubles et conquêts immeubles ». Le droit de la femme, d'après lui, était « potius in habitu quam in actu ». « Uxor non est socia æque principaliter, nisi post obitum viri, vel soluto matrimonio... et sic non est proprie socia, sed speratur fore ». Et plus loin: « Maritus, constante matrimonio, est pleno jure dominus omnium bonorum conquestuum, et non uxor.... (2) »

Tout l'ancien droit avait admis ces principes formulés par Dumoulin ; c'est ainsi que d'Argentré (3), J. Desmares (4), Pontanus (5), Ferrière (6), Pothier (7), les reproduisent, et l'ancienne doctrine était même allée si loin dans cette idée d'annihilation du droit de la femme en faveur d'un droit

1835[1] avec l'art. 1525.— Cf. Butel. *Etudes critiques sur l'idée de la personnalité civile de la cômmunauté*, Thèse Paris 1901, pp. 74 et ss.

(1) Cf. Odier : *Traité du contrat de mariage*, I, p. 20. — Toullier : *Le droit civil français*, t. XII, n° 82.

(2) *In. Cons* , *Paris*, § 57, n° 2. *Nov. Cons.*, et § 109, *Vet. Cons* , Cf. Butel : op. cit , chap. II, sect. IV.

(3) Sur art. 424, *Cout. Bretagne*.

(4) *Décision*, 152.

(5) Sur art. 182, *Cout. Blois*.

(6) *Compilations*, t. III p. 210, n° 1.

(7) *Communautés*, Article Préliminaire, n° 3.

exclusif du mari que nous voyons la Coutume de Reims nier la communauté et ne la faire apparaître qu'au décès de l'un des époux (1).

Et de nos jours encore Laurent (2), Toullier (3), Championnière et Rigaud (4), Zachariae (5), Rodière et Pont (6), suivent à la lettre ces anciens principes et concluent à la propriété du mari.

Mais cette théorie est inadmissible. D'abord elle interprète faussement l'idée elle-même de Dumoulin qui lui sert de base. Les termes de « Seigneur et Maître » employés pour définir la situation du mari ne signifiaient point que le mari fût propriétaire du fonds commun. Dumoulin n'admettait point cette expression dans ce sens absolu, et lorsqu'il disait de la femme « non est socia, sed speratur fore » il ne déniait pas à la femme tout droit de copropriété, mais il voulait dire simplement que la femme, pendant la durée du mariage, ne pouvait engager les biens de la communauté envers ses propres créanciers (7). Et il voulait simplement trouver une expression juridique déterminant la situation de la femme sans avoir en vue les conséquences que l'on tira postérieurement de cette formule.

Car si Dumoulin a pu dire du mari « constante matrimonio, solus actu dominus » il a eu le soin d'ajouter « propter autoritatem administrationis et alienandi potestatem », ce qui prouve qu'il ne songeait qu'à l'exercice des actions inhéren-

(1) *Cout. Reims*, art. 239, — Cf. Basset : op. cit. p. 3, note 2 ; Odier : op. cit., p. 197.

(2) *Principes de droit Civil*, t. XXI, n° 197, t. XXII, t. LX, t. LXII.

(3) Op. cit., t. XII, pp. 75 et ss., 303 à 306.

(4) *Traité des droits d'enregistrement*, IV, 2835.

(5) *Handbuch des franzœs. Civilrecht*, III, p. 407, § 505 et note 1.

(6) *Traité du contrat de mariage*, I, n° 296, 334.

(7) Cf. Schwarz : *Die Gütergemeinsch. der Ehegatten nach frænkisch. Recht.*, § 33. — Cf. Troplong : *Contrat de mariage*, II, pp. 234 et ss. — Chéron : *Etude sur l'adage, Uxor non est proprie socia sed speratur fore.* Thèse Paris, 1901, pp. 2 et ss.

tes au droit du mari sur les biens communs sans vouloir préjuger de la question même de propriété.

D'ailleurs, même dans l'ancien droit ce système d'une propriété du mari était déjà contesté. Le pouvoir du mari, au lieu d'être admis sans aucune limite,« ne pouvait être exercé qu'avec modération et raison » nous dit Guy Coquille (1). Et dans la plupart des coutumes on refusait au mari le droit de disposer des biens communs par testament ou d'en avantager sa personne ou ses héritiers présomptifs ; ces coutumes ne reconnaissaient comme valables que les aliénations faites sans fraude, et tout excès de donation pouvait être attaqué à ce titre par la femme ou ses héritiers (2).

Dunod (3) constate que le mari est « chef et monarque de la société conjugale ». Mais il affirme en même temps que la femme a un droit de copropriété durant le mariage, et qu'il ne faut pas conclure de la formule qu'il vient de donner « que la femme n'a qu'un domaine habituel » (4).

Laurière s'explique plus clairement encore : « Si le mari est seigneur des meubles et des conquêtes immeubles, dit-il, il n'en est pas propriétaire, si ce n'est de la moitié seulement et s'il peut vendre, aliéner, hypothéquer, ce n'est que parce qu'il en a la libre administration, en qualité de chef de la communauté » (5) et il cite les art. 19 et 163 des Coutumes Notoires qui sont très précises sur « *le plein droit de moitié* qui appartient *à chacun d'iceulx mariés* pour sa portion » (6). Enfin Renusson (7) et Lebrun (8) eux-mêmes n'ont pas considéré le mari comme un propriétaire absolu.

La théorie du mari propriétaire n'est pas non plus d'accord

(1) *Cout. Nivernais*, chap. XXIII, 3.

(2) Cf. *infra*, chap. III, p. 317 ; chap. V, p. 466.

(3) Sur *Cout. Bourgogne*, sect. I, art. X.

(4) *Idem*. Sect. II, art. V.

(5) *Cout. Paris*, t. II, titre X, art. 225.

(6) Cf. Sandhaas : *Frænkisches Eheliches Güterrecht*, § 7.

(7) *Communauté*, 1re partie, chap. VI, n° 6 et ss.

(8) *Traité de la communauté*, liv. II, chap. II, sect. 1re, p. 169 et ss.

avec le régime du Code Civil. L'idée des rédacteurs eux-mêmes n'était pas de donner au mari un droit aussi étendu. mais bien de le considérer comme un administrateur (1). Et les solutions particulières elles-mêmes de la loi se trouvent en désaccord complet avec ce principe. L'art. 1492, en effet, nous dit que « la femme renonçante perd toute espèce de droits... »; c'est donc qu'elle en a pendant toute la durée de la communauté. L'art. 1422 reconnaît en outre implicitement le droit de co-propriété de la femme en restreignant les pouvoirs du mari (2). Et comment concilier aussi avec cette théorie la faculté que l'art. 1443 accorde à la femme, dès le lendemain du mariage, de demander la séparation de biens lorsque son mari veut agir en seul maître, c'est-à-dire abuser? Puis si la femme n'a pas un droit actuel, comment la loi peut-elle reconnaître à cette dernière une hypothèque rétroagissant au jour du mariage pour garantir sa part et ses reprises dans la communauté?

Enfin, si le mari est seul propriétaire du fonds commun, pourquoi l'art. 1437 l'oblige-t-il à payer une indemnité à la communauté (c'est-à-dire en définitive à la femme ou à ses héritiers), lorsqu'il a retiré de ces biens un profit personnel?

§ V. — On a donc été forcé de laisser de côté une théorie en contradiction avec notre législation, pour appliquer à la communauté un système qui semblerait plus en harmonie avec l'institution, celui d'une copropriété entre le mari et la femme (3).

Les partisans de cette autre théorie disent que dans cette communauté entre époux on a tort de parler de trois patrimoines : car il ne peut y avoir de patrimoine séparé que là

(1) Cf. ce que dit le tribun Siméon à propos de l'art. 1422 ; Locré : *Lég. de la France*, t. XIII, p. 328, n° 29.

(2) Cf. Troplong : *Contrat de mariage*, II, p. 137.

(3) Cf. Laurent : op. cit., t. XXI, n° 194 ; Butel : op. cit., p. 75 ; Odier : op. cit., p. 45 ; Demante et Colmet de Santerre : *Cours analytique de Code Civil*, t. VI, p. 41 et ss.

ou se trouve un sujet de droit distinct (1), ce qui n'est pas le cas ici. Il ne faut donc considérer que deux patrimoines, celui du mari et celui de la femme ; dans chacun d'eux se trouve comprise une part de copropriété, c'est-à-dire la part qui appartient à chaque époux sur les biens de la communauté.

Cependant cette idée nouvelle d'une copropriété n'est pas satisfaisante encore en face des solutions du Code. Elle ne peut en effet donner l'explication de ce fait que les créanciers de la femme dont les droits ne sont pas constatés par un acte authentique ou par tout autre acte ayant acquis date certaine antérieure au mariage sont privés de tout recours sur la masse commune et ne peuvent, en vertu de l'art. 1410, agir que sur la nue-propriété des immeubles propres à la femme. Il est très important de constater cette exclusion, car elle prouve que, contrairement aux idées de la théorie proposée, les biens de la communauté constituent une masse à part, une universalité juridique distincte qui ne se confond pas avec les patrimoines propres de chacun des époux.

Qui n'aperçoit aussi que cette idée de copropriété, de fractionnement en deux droits égaux, est loin de correspondre à la réalité des choses et à ce besoin d'unité juridique que l'on sent profondément dans la communauté entre époux. L'unité patrimoniale est en cette matière l'idée essentielle, l'idée mère : l'inexistence d'une part séparée appartenant à chaque époux pendant la durée du mariage est ce qui distingue ce régime des autres. Le mot même de *communauté* exprime une idée qui s'oppose à la conception de droits séparés.

Ce besoin d'unité est tellement dans la nature des choses qu'on le retrouve dans toutes les phases parcourues par notre régime national. Chez les Germains il se réalisait dans la main du mari, et sous Beaumanoir les droits de ce dernier « Mainbourg » de sa femme conduisaient au même résultat.

(1) Contre cette idée : Cf. *supra*, chap. I, p. 73, 79 et *infra*, chap. V, pp. 447 et ss.

Les biens communs jusqu'à nos jours n'ont cessé de former une masse unique destinée à répondre aux besoins du mariage et de la famille.

§ VI.— Aussi a-t-on songé, pour réaliser cette unité patrimoniale nécessaire, à appliquer le système de la personnalité juridique.

On y a été amené surtout en cherchant l'explication de l'exclusion de certains créanciers de la femme antérieurs au mariage que la théorie précédente rendait incompréhensible, et en constatant l'analogie que la communauté entre époux présentait dans ce cas avec les sociétés civiles (art. 1860) pour lesquelles une règle semblable édictée par la loi ne s'explique plus aujourd'hui que par l'idée de la personnalité juridique : la jurisprudence admet en effet que les sociétés, même les sociétés civiles, sont des personnes juridiques.

Et les partisans de la théorie de la communauté être moral font remarquer avec beaucoup de justesse qu'en cette matière on arrive, en fin de compte, à cette situation analogue d'une masse de biens formant un patrimoine séparé des patrimoines des époux. Pourquoi donc ne pas appliquer la conception de la personnalité?

Ce système a été soutenu, surtout par Troplong (1), Duranton (2), Proudhon (3), Delvincourt (4) et Cubain (5). Mais avant de voir les raisons que donnent ces auteurs en faveur de leur opinion, il est important de connaître l'intérêt réel qu'il y aurait à appliquer cette théorie à la communauté.

La conséquence première et principale, d'où découlent en somme toutes les autres, est de permettre de considérer les biens communs comme formant une masse séparée, comme

(1) *Contrat de mariage*, I, chap. II, pp. 365 et suiv.
(2) *Cours de droit français*, t. XIV, p. 106.
(3) *De l'usufruit*, I, nos 279, 287, 1767, 2684.
(4) *Cours de Code civil*, t. I, p. 528.
(5) *Des droits des femmes*, no 189.

une entité comprenant un actif et un passif propres, et dont la propriété appartient à un être moral distinct des personnes des deux époux, à la communauté. En vertu de cette propriété dévolue à une personne séparée, ce patrimoine de communauté qui a son existence propre, se détache, comme tel, des patrimoines de chacun des époux.

Or, toute séparation des patrimoines produit son effet, surtout au point de vue des dettes qui se trouvent affectées suivant leur origine à des masses de bien différentes. Et par suite de l'application de l'art. 2092, l'actif du patrimoine séparé reste affecté de plein droit au passif afférent à ce patrimoine : les créanciers de ce dernier ont sur lui un droit de préférence. Et comme la séparation des patrimoines se perpétue dans la mesure imposée par les besoins de la liquidation, ce droit de préférence subsiste même à l'encontre des créanciers personnels des associés dont la créance serait née après la dissolution (1).

Peut-on déduire ces mêmes conséquences en matière de communauté ? Remarquons d'abord, ce qui est important, que si la séparation des patrimoines dépendait absolument d'une question de personnalité juridique, elle devrait exister aussi bien pour le patrimoine du mari que pour celui de la femme. Or, tant que la communauté dure, c'est exactement le contraire qui se passe ; entre le patrimoine de la communauté et celui du mari, il y a confusion absolue, non seulement confusion de fait, mais même de droit : tout créancier du mari a action sur les biens de la communauté, et réciproquement tout créancier de la communauté a action sur les propres du mari. Ceci se comprend fort bien d'ailleurs pour les dettes contractées pendant la durée de la communauté, par suite de la difficulté que l'on éprouverait dans ce cas à distinguer les dettes personnelles du mari des dettes de la communauté; on pourrait donc encore donner des raisons de cette confusion relative aux dettes contractées pendant la

(1) Cf. Laurent : t. XXI, n° 392 et suiv.

durée du mariage, même en considérant la communauté comme une personne morale.

Mais pour les dettes personnelles du mari antérieures au mariage (1), ce droit des créanciers sur les biens communs n'est plus compatible avec l'idée d'une séparation des patrimoines ayant pour cause la personnalité juridique de la communauté. Au moment où elles ont été contractées, il est certain que les créanciers ne pensaient pas aux biens de la communauté ; et si la communauté est une personne morale il faudrait nécessairement conclure que l'actif commun ne doit pas être soumis au droit de poursuite des créanciers du mari antérieurs au mariage.

Donc pour ces dettes immobilières du mari, nous rencontrons ici une anomalie semblable à celle qui nous est apparue dans la théorie de la co-propriété pour certaines dettes de la femme. Nous avons vu que si la communauté était réellement une co-propriété, les dettes mobilières de la femme non constatées par un acte ayant date certaine antérieure au mariage, devraient pouvoir s'exécuter sur la moitié indivise qui appartient, dans cette théorie, à la femme dans la communauté. Et on s'est précisément servi de cette solution de la loi, contraire à la théorie de la co-propriété, pour conclure à la personnalité juridique. On a dit que c'était par suite d'une aliénation conclue par la femme que ces créanciers étaient exclus, les créanciers ne pouvant exercer leurs droits que sur les biens qui appartiennent au débiteur à l'époque de la poursuite. Cette aliénation impliquerait donc une personne distincte des deux époux, une personne morale (2).

Nous remarquerons à notre tour pour l'anomalie inverse

(1) Il est vrai que ces dettes seront rares; car il ne peut être question que de dettes immobilières: ce sont les seules, en effet, qui ne tombent pas dans la communauté, et par suite qui lui restent personnelles.

(2) Cf. *contra*, Laurent : op. cit., t. XXI, n° 211, qui explique cette exclusion par la propriété du mari. — Demante et Colmet de Santerre : op. cit., t. VI, p. 42. Rien d'ailleurs dans le texte de la loi n'indique une aliénation faite à une tierce personne.

que nous venons de signaler à l'occasion du mari que si la communauté était une personne morale, les dettes personnelles du mari antérieures au mariage ne devraient pas pouvoir être poursuivies sur les biens de la communauté. Comment donc est-il permis de conclure à la personnalité avec cette dernière solution de la loi?

Ce n'est d'ailleurs pas seulement pendant la durée de la communauté que la question de savoir si la communauté est une personne morale a de l'intérêt; il faut envisager les résultats de cette doctrine surtout à la dissolution de l'union conjugale.

Si la communauté est douée de la personnalité, à ce moment la séparation des patrimoines doit s'affirmer à l'égard des créanciers personnels des époux, en ce sens que, tant que dure la liquidation, les créanciers de la communauté pourraient prétendre que l'actif commun reste leur gage exclusif. Les créanciers personnels du mari, aussi bien que ceux de la femme, devraient subir la préférence des créanciers de la communauté; quant au mari, il faudrait donc distinguer entre ses créanciers personnels dont la créance serait née pendant le mariage, et ses autres créanciers personnels, parmi lesquels il faudrait sous-distinguer encore entre les créanciers personnels antérieurs au mariage, et les créanciers dont le droit serait né postérieurement à la dissolution.

Il faut remarquer d'ailleurs encore, à l'égard des créanciers personnels des époux qui ont acquis leurs droits pendant le mariage, que si parmi ceux-ci les créanciers personnels de la femme peuvent être nombreux il est difficile de trouver des créanciers personnels du mari, car tant que dure la communauté tout créancier du mari est créancier de la communauté. On pourrait néanmoins citer l'exemple d'un créancier personnel du mari antérieur au mariage qui n'aurait pas exercé pendant la durée de la communauté les droits de poursuite que la loi lui accorde sur les biens de celle-ci à raison de la confusion qui existe entre les biens du mari et ceux de la communauté; on pourrait soutenir qu'à la disso-

lution, comme créancier personnel, il se trouverait primé par les créanciers de la communauté.

Il y a cependant des cas plus fréquents où le droit de préférence des créanciers communs pourrait s'exercer. L'un d'eux se présente lorsqu'un créancier personnel agit en vertu d'une créance née pendant la dissolution de la communauté. Un immeuble de la communauté ayant été saisi et vendu (1) à la requête des créanciers communs, ce créancier personnel pourrait-il, sur la moitié du prix, concourir avec les créanciers communs?

Voici un autre cas : un créancier personnel du mari a obtenu pendant la liquidation un jugement contre ce dernier; il peut donc faire inscrire son hypothèque judiciaire sur la part du mari dans les immeubles communs. Cette hypothèque cèdera-t-elle le pas aux droits des créanciers communs? Ne devrait-on même pas déclarer que la personnalité civile de la communauté se perpétuant pendant la liquidation, cette hypothèque ne pourrait même pas être inscrite? (2)

La Cour de cassation a jugé dans ces hypothèses que le droit de préférence des créanciers communs n'existe pas parce qu'il n'y a pas personnalité civile de la communauté. (3) Nous verrons plus loin si l'on ne peut accorder ce droit de préférence sans cependant conclure à l'existence d'une personne morale. (4)

L'application à la communauté de la conception de la personnalité juridique présente d'autres intérêts encore; ainsi on a invoqué la personnalité, à propos des reprises

(1) Ce n'est que dans ce cas, en effet, qu'il peut être question du droit de préférence des créanciers communs ; en vertu de l'art. 2205, le créancier personnel postérieur au mariage ne pourrait poursuivre son droit sur la moitié indivise appartenant à son débiteur sur les immeubles non encore partagés.

(2) Cf. Laurent : op. cit., t. XXI, n° 392.

(3) Cassat. : 18 avril 1860, S. 1860, I, 305. — Cf. Butel : op. cit., chap. I, sect. II, § 2.

(4) Cf. *infra*, chap. V, pp. 447 et ss.

mobilières de la femme, pour soustraire celle-ci aux exigences des art. 560 du Code de Commerce et 1499 du Code civil, au cas où elle en demande la valeur. Une femme réclamait des effets personnels qui avaient été vendus par le syndic de la faillite de son mari ; elle soutenait qu'il ne s'agissait pas là d'une créance contre le mari (art. 560 du Code de Commerce), mais d'une créance contre un tiers, la communauté personne morale. La Cour de cassation a repoussé cette prétention en refusant d'admettre l'idée d'un être juridique (1).

Enfin le système de la personnalité influerait aussi sur la durée de l'indivision et sur l'application de l'art. 883 (2). Si la communauté est une personne morale, l'indivision ne devrait commencer qu'à la dissolution ; au contraire s'il n'y a pas personnalité il y a indivision du jour du mariage déjà ; par suite l'effet déclaratif du partage sera plus ou moins étendu. Mais l'intérêt n'est pas aussi grand qu'il le paraît au premier abord : car le but de l'art. 883 se trouve considérablement atténué ici en vertu des pouvoirs absolus que la loi accorde au mari sur les biens de la communauté, pouvoirs qui doivent être respectés par la femme et qui font par suite obstacle à l'application des conséquences de l'art. 883. Le seul cas où l'art. 883 pourrait reprendre toute son importance ne saurait se rencontrer que si le mari avait dépassé la limite de ses droits ; ce qui ne se produirait que si le mari avait enfreint les règles de l'art. 1422, qui interdit au mari de faire certaines donations énumérées limitativement par la loi.

La personnalité entraîne au sujet de ce dernier article une conséquence à laquelle il faut nous arrêter un instant. Il est intéressant de se demander en effet si le mari pourrait rendre cette donation valable en la faisant conjointement avec la femme. Si l'on admet la théorie de la personnalité, l'in-

(1) Cassat., 16 janvier 1877, S. 1877, I, 169.

(2) Demante et Colmet de Santerre : op. cit., t. VI, p. 44. — La tradition est d'ailleurs contraire à cette idée. — Cf. Pothier : *Communauté*, n° 7, II.

tervention de la femme devient inefficace, car celle ci n'a plus aucun droit de propriété sur les biens dont la donation est interdite au mari ; c'est la personne morale qui est seule propriétaire ; or cette dernière ne peut agir que par l'organe de son représentant qui est le mari ; mais celui-ci ne la représente valablement que dans la mesure de ses droits. Tout acte dépassant ces limites est nul, et l'adjonction de la femme ne saurait le rendre valable.

Donc la donation d'un immeuble de la communauté, par exemple, ne pourrait jamais, dans la théorie de la personnalité civile, être effectuée. « Ce serait, dit M. Saleilles, étendre à la communauté une inaliénabilité partielle, restreinte, analogue à l'inaliénabilité dotale » (1).

Enfin citons une dernière conséquence qui découle de la séparation des patrimoines. En matière de société un associé débiteur d'un débiteur social ne peut opposer à ce dernier la créance de la société personne morale et réciproquement.

En matière de communauté, il faut remarquer d'abord que la question ne se pose pas à l'égard du mari ; en vertu de ses pouvoirs absolus, les créances de la communauté sont les siennes ; mais à l'égard de la femme, la solution est différente ; en vertu de la personnalité juridique, elle n'a aucun droit sur les créances de la communauté qui sont propriété de la tierce personne ; elle ne saurait donc opposer à un créancier personnel qui la poursuivrait sur la nue-propriété de ses propres, la dette dont celui-ci serait tenu envers la communauté (2).

Parmi toutes les conséquences qui résulteraient de l'application à la communauté de la théorie de la personnalité et que nous venons de parcourir, il y en a d'extrêmement jus-

(1) Saleilles : *Cours 1899-1900*. Leçon du 16 mars 1900 — Cf. Demante et Colmet de Santerre : op. cit., t. VI, p. 45. — Butel : op. cit., p. 55.

(2) Cf. Laurent : op. cit , t. XXI, n° 394. — Demante et Colmet de Santerre : op. cit., t. VI, p. 43. — Butel : op. cit., p. 55.

tes ; et principalement celle qui aboutit à créer une masse de biens formant un patrimoine séparé avec toutes les déductions que l'on peut en tirer surtout à l'égard du droit de préférence que les créanciers de la communauté pourraient acquérir sur cette universalité distincte à l'encontre des créanciers personnels des époux.

Mais à côté de ces résultats, nous trouvons une solution de la loi absolument inacceptable avec l'idée d'une personne séparée propriétaire de la masse commune ; nous voulons parler de la confusion qui existe entre les biens communs et le patrimoine du mari (principalement à l'égard de ses dettes personnelles antérieures au mariage). Et de même la décision que l'on est obligé d'admettre, par suite de l'existence d'une personne morale, en matière de donations interdites au mari par l'art. 1422 est peu en harmonie avec le but de la loi qui n'a en vue que l'intérêt de la femme.

Il est nécessaire ici d'insister sur ces deux points : qu'on le remarque bien en effet, de ces deux solutions, la première ne se trouve contraire qu'à l'idée d'une propriété appartenant à une personne distincte et non pas seulement à la conception d'un patrimoine séparé. Il en est de même de la seconde : c'est en vertu de l'existence d'une personne morale que l'intervention de la femme est rendue inefficace ; la séparation des patrimoines n'en est pas la cause.

C'est donc exclusivement l'idée d'une personne juridique qu'il faut écarter de la communauté tout en maintenant celle d'une masse patrimoniale distincte qui répond si bien à ce besoin d'unité que nous avons signalé tout à l'heure dans la communauté ; et il y a en effet de bonnes raisons pour ne pas admettre dans notre cas la conception d'un être moral.

Il y a tout d'abord d'une façon générale contre cette idée un sérieux préjugé, plus ou moins fondé il est vrai ; dans notre système français il est de tradition que la personnalité civile ne peut résulter que d'une reconnaissance expresse ou

tout au moins implicite de la loi (1). Il est de principe chez nous que la loi seule peut créer des personnes morales ; il faut que la loi reconnaisse à un être moral une existence juridique. Dans notre cas particulier une reconnaissance implicite ne pourrait résulter que d'une tradition ancienne (2). Or il est difficile de trouver à cette idée de la communauté personne morale une base historique, ce qui serait au moins important en une matière coutumière comme la communauté.

Il faut remarquer en effet tout d'abord que la théorie elle-même de la personnalité juridique, en tant qu'idée abstraite, est relativement récente ; les auteurs des siècles précédents n'ont laissé aucun document sur la question. En ancien droit l'idée de personne juridique ne se sépare pas de l'idée concrète de corporation ; corporation et personne morale ne font qu'un (3). D'autre part il n'a certainement jamais pu être question d'un rapprochement entre la communauté entre époux et la corporation ; la communauté au contraire aurait pu se comparer plutôt à la société en commandite, car il s'agit toujours d'associés dont les mises sont aux mains d'un gérant unique qui, vis-à-vis des tiers, semble être le propriétaire unique. Or les sociétés en commandite dans l'ancien droit

(1) On a vu (*supra*, chap. I, p. 76) que la nécessité d'une reconnaissance légale est une question discutée. Il faut remarquer d'ailleurs que dans l'ancien droit, l'autorisation royale n'avait pas pour but spécial de conférer la personnalité à une corporation, mais simplement d'autoriser l'existence de cette dernière. Il en est autrement de nos jours seulement et depuis que l'on a séparé l'idée de personnalité de celle de corporation, qui ne se distinguaient pas l'une de l'autre en ancien droit. (Cf. Saleilles : *Annales de Droit Commercial*, 1895, pp. 65 et suiv.)

(2) C'est là l'explication que l'on donne pour l'application de la personnalité aux sociétés de commerce. On la rencontre aussi en matière de sociétés civiles, mais elle y est soutenue avec beaucoup moins d'assurance.

(3) Cf. Saleilles : op. cit., pp. 65 et suiv.

revêtaient un tout autre caractère que celui de personnes morales (1).

En outre la construction juridique de la personnalité n'est pas connue du droit primitif ; elle est due à la fois à la renaissance du droit romain au XIII[e] siècle et aux travaux des canonistes. De l'étude des lois de Rome et des idées de l'Eglise naît la doctrine traditionnelle avec la nécessité de l'autorisation royale pour l'existence de tout être moral, doctrine qui n'a pas varié depuis Beaumanoir (2) jusqu'à Pothier (3). Et à qui tous les auteurs de l'ancien droit accordent-ils la personnalité ? Ils ne l'octroient qu'aux grandes associations offrant un intérêt public ; la doctrine de la personnalité n'est pas constituée au profit des sociétés de commerce ordinaires ni *a fortiori* au profit des sociétés civiles. Comment aurait-on alors pu songer à l'accorder à la communauté de biens ?

Nous dirons même plus : si la doctrine ancienne ne s'occupe pas directement de la personnalité à propos de la communauté elle semble même au contraire la repousser implicitement (4). Pour réaliser l'unité nécessaire dans l'association conjugale les auteurs penchaient vers l'unification de la propriété aux mains du mari (5). Le seul fait que cette tendance ait pu naître est la preuve la plus concluante contre la théorie de la personnalité.

S'il est impossible de conclure à une reconnaissance implicite d'une idée traditionnelle, on peut encore moins parler d'une reconnaissance expresse contenue dans le Code civil. Cette œuvre a entendu surtout consacrer les idées coutumières en notre matière ; il ne pouvait donc appliquer une idée moderne qu'en le disant, et il ne l'a pas fait. Rien dans les travaux préparatoires ni dans le texte ne marque l'intention

(1) Cf. Saleilles : op. cit., 1897, pp. 30 et suiv.

(2) *Cout. de Beauvoisis*, chap. L, n° 1517.

(3) T. VII.

(4) Cf. Duparc-Poullain : *Principes du droit français*, t. VII, p. 268 et suiv. — Lebrun : *Œuvres*, t. II, chap. III.

(5) Cf. *supra*, chap. II, p. 97.

d'innover : les rédacteurs du Code se sont bornés à consacrer la tradition (1), sans chercher à établir une théorie juridique particulière.

Cependant les partisans de la théorie de la personnalité sont contraires à ce point de vue ; les différents articles du Code, disent-ils, prouvent jusqu'à l'évidence par leur rédaction l'existence d'une personne morale, qui est la communauté. Les mots de l'art. 1401 : « La *communauté* se compose..... » de l'art. 1411 « ..... sont à la charge *de la communauté* », etc... prouvent que le Code a voulu opposer un sujet dictinct, la communauté, aux personnes des époux.

Mais ces arguments sont plus que faibles ; de la lecture des travaux préparatoires il résulte que là n'est pas l'intention de la loi qui a voulu éviter simplement, pour plus de clarté, les longues périphrases. D'ailleurs il y a même dans le Code des preuves positives contre la théorie de la personnalité. Nous avons déjà montré que cette doctrine est incompatible avec la situation du mari ; et d'autres décisions du Code nous forcent encore à la repousser.

Si la communauté est un être moral comment se fait-il que par la seule renonciation de la femme cet être moral disparaisse pour faire place à la personnalité du mari ?

En outre l'art. 1403 se prononce d'une façon formelle contre la doctrine d'un être moral : si le Code considérait la communauté comme une personne juridique, usufruitière des biens des époux, on se s'expliquerait pas qu'il eût accordé une récompense à l'époux non propriétaire du fonds pour les fruits qui n'auraient pas été perçus (2).

Cependant les partisans de cette doctrine croient trouver d'autres raisons encore à leur appui. La communauté est une tierce personne, soutient Troplong, car elle « apparaît comme un dépositaire, pour rendre ce qu'elle a reçu en vertu de l'ac-

(1) Cf. Laurent : op. cit., t. XXI, n° 197.

(2) Voy. encore comme contraires à cette théorie les art. 1423, 1474, 1476, 1482, 1483, 1484.

tion en reprise qui s'exerce contre elle à la dissolution » (1). Et plus loin il ajoute : « La communauté se dessine encore comme tierce personne dans la situation que voici : le mari et la femme, conjointement avec un étranger contractent une dette envers un créancier. Croit-on que l'obligation sera tripartite, qu'il y aura un tiers pour le mari, un tiers pour la femme, un tiers pour l'étranger ? Non, la communauté doit la moitié et l'étranger doit la moitié. Le mari et la femme, réunis dans une même personnification, ne valent que pour une part » (2).

Nous verrons plus loin (3) que ces solutions n'impliquent nullement l'idée d'une personne séparée, et la seconde surtout nous apparaîtra très claire dans la théorie que nous nous proposons d'appliquer.

Enfin les partisans de la doctrine de l'être moral se sont appuyés pour la soutenir sur la jurisprudence. Le principal argument de Troplong se trouve basé sur un arrêt de la Chambre des Requêtes de la Cour de cassation du 24 janvier 1837 (4). Il a prétendu que cet arrêt est en faveur de l'existence d'un être « métaphysique » appelé communauté (5). Mais Troplong a mal saisi le sens de cet arrêt qui ne consacre nullement un droit de préférence au profit des créanciers communs que Troplong croit y trouver (6).

La jurisprudence au contraire, dans plusieurs arrêts rendus depuis, repousse avec nous le système de la personnalité (7). La communauté ne constitue pas pour elle une personne morale.

(1) Troplong : *Contrat de mariage*, I, n° 315.

(2) *Id.*, n° 316, Cf. les numéros suivants.

(3) Cf. *infra*, chap. V, p. 461.

(4) S 1837, I, 106.

(5) Troplong : op. cit., III, n° 1080.

(6) Cf. Butel : op. cit., p. 64.

(7) Voy. les arrêts de Cassat., 18 avril 1860, S 1860, I, 305, 16 janvier 1877, S. 1877, I, 169 ; 28 février 1886, S. 1886, I, 384. — Cf. pour les détails sur ces arrêts : Butel, op. cit., chap. I, sect. II, § 2.

La conclusion qui nous paraît devoir être logiquement tirée de tout ceci c'est qu'il faut repousser cette idée de personnalité. Il y a en effet en outre contre elle non seulement les arguments que nous venons d'exposer, mais encore des raisons organiques tirées de la contradiction qu'il y a entre l'idée de personne morale et le fait d'une communauté familiale. La conception de la personnalité s'attache principalement à certaines formes d'association dans lesquelles le but à atteindre se trouve indépendant de la volonté individuelle et des intérêts particuliers des membres qui les composent ; ce n'est point le cas ici, pas plus que dans toutes les situations collectives qui ont pour base une communauté de famille. En elle-même l'organisation de la communauté entre époux, telle qu'on la trouve dans le Code civil, se sépare de cette idée de personnalité.

Nous avons vu en effet (1) que l'idée de personne juridique implique non seulement l'idée d'un patrimoine séparé et indépendant, mais en outre et surtout l'existence d'un organe, d'un *organisme corporatif*, c'est-à-dire d'une organisation destinée à réaliser une volonté commune qui se distingue comme telle des volontés particulières des membres.

Dans la communauté entre époux, rien de pareil ; il s'agit purement et simplement d'une association fondée sur des bases naturelles, sur un lien exclusivement personnel, sur l'idée d'une intime communauté de vie et de cohabitation. Cette situation implique il est vrai une confusion des biens des associés ; mais il est impossible d'y trouver un organisme dirigeant qui réaliserait en lui une volonté distincte de la volonté individuelle de chacun des époux, et par suite de la volonté du mari lui-même ; l'idée de personne morale implique toujours la réalité d'une volonté collective distincte des volontés individuelles des membres : en tant qu'elle se séparerait de celle du mari, cette volonté commune serait absolument contraire à l'idée du droit ancien sur la communauté, qui est encore celle du Code.

(1) *Supra*, chap. I, p. 78.

Aussi de nombreux auteurs repoussent-ils avec nous la théorie de la personnalité (1) ; mais ils concluent soit à la propriété absolue du mari, soit à une copropriété entre les deux époux. Et par suite, ils aboutissent à supprimer cette séparation des patrimoines que crée la personnalité et dont nous avons vu les justes conséquences, grâce à l'unité patrimoniale qu'elle entraîne et qui est nécessaire dans la communauté entre époux.

C'est pourquoi nous disons au contraire qu'il faut maintenir cette conception d'un patrimoine séparé ; mais nous n'en conclurons pas pour cela à l'existence d'une troisième personne qui seule entraîne des conséquences en contradiction avec nos lois.

Il est exact en effet, de remarquer avec M. Planiol que la personnalité juridique n'est au fond qu'une forme de la propriété collective : ce que l'on appelle personne morale, ce n'est en somme qu'un patrimoine indépendant, une masse de biens formant une universalité à part, et qui ne se rattache pas aux patrimoines individuels des associés (2).

Mais si l'existence d'un patrimoine séparé est une des bases importantes de la conception de la personne juridique, je crois qu'elle n'en est pas la seule et qu'il ne faut pas aller aussi loin que M. Planiol et dire avec lui que chaque fois qu'il y a patrimoine séparé, par cela seul, il faut reconnaître dans cette situation l'existence d'une personne morale.

Nous avons vu en effet qu'en plus d'un patrimoine séparé,

(1) Demante et Colmet de Santerre : op. cit., t. VI, p. 46. — Laurent : op. cit., t. XXI, n° 197. — Butel : op. cit., p. 76. — Toullier : op. cit., t. XII, p. 164. — Planiol : *Manuel*, t. III, n° 905. — Odier : op. cit., t. I, p. 205.

(2) « L'idée de la personnalité, c'est une conception simple, qui cache aux yeux la persistance jusqu'à nos jours de la propriété collective à côté de la propriété individuelle. Sous le nom de personne civile, il faut donc entendre l'existence de biens collectifs à l'état de masse distincte. Par conséquent, ces prétendues personnes n'en sont pas même, ce sont des choses. » Planiol : *Manuel*, t. I, n° 675. — Cf. n^{os} suivants.

la personne morale a besoin, pour exister, d'un organisme destiné à créer une volonté distincte de la volonté individuelle de chacun des associés. Pour nous, c'est là qu'il faut trouver le signe distinctif de la personnalité. Et nous disons par suite, qu'il peut y avoir des patrimoines séparés, indépendants, sans qu'il y ait personnalité juridique en vertu de l'absence de la condition essentielle que nous venons d'indiquer. Et la forme de la propriété en main commune, de la Gemeinderschaft zu Gesammter Hand, nous offre, nous l'avons vu, l'exemple le plus frappant d'une séparation des patrimoines existant sans cet organisme corporatif nécessaire à la personnalité.

Quoi de plus simple alors que de nous servir de cette conception germanique de la copropriété qui, nous le verrons par la suite, n'est pas une situation étrangère à notre droit, mais au contraire, se trouve être chez nous plus ancienne que la théorie de la personnalité elle-même, et de l'appliquer à la communauté entre époux ? Nous trouverons qu'il y a de bonnes raisons, et surtout des raisons historiques, pour considérer notre régime de droit commun comme une communauté zu Gesammter Hand ; nous aboutirons ainsi par la séparation des patrimoines à l'unité patrimoniale que réclame ce régime des biens entre époux, sans toucher par la création d'une personne distincte, aux véritables droits du mari et surtout de la femme ; nous verrons au contraire que ces droits des deux époux nous seront plus clairement et plus logiquement déterminés par notre système (1).

Section II

Pour juger clairement quel peut être le véritable caractère de la communauté entre époux chez nous, il ne suffit peut-être pas de retracer l'histoire de notre régime, et d'en

(1) Cf. *infra*, chap. V, pp. 462 et ss.

rechercher les origines. Il est fort utile, sinon nécessaire d'étudier aussi le développement juridique que les mêmes institutions germaniques et particulièrement franques ont suivi en Allemagne et aussi en Suisse. L'ancien droit allemand surtont, à raison de son origine, a les rapports les plus intimes avec notre droit coutumier (1). Le droit suisse doit moins aux origines franques ; mais le rapprochement des trois législations a cependant une grande utilité, car il facilite l'intelligence des lois d'un peuple par celles d'un autre, et sur un point particulier, la conception du caractère de notre communauté entre époux par l'étude des théories admises en Allemagne et en Suisse sur la même question.

Dans ces deux pays les lois barbares se sont conservées beaucoup plus longtemps que chez nous à l'abri des influences étrangères : le droit romain ne pénètre en Allemagne que beaucoup plus tard qu'en France (2) et on ne trouve que très peu de traces de ce droit dans les coutumes postérieures.

C'est pourquoi il nous semble intéressant, après avoir exposé le système des biens entre époux des races germaniques et plus particulièrement, parmi les autres, de la race des Francs, de suivre le développement de ces droits en Allemagne et en Suisse. Dans les coutumes et les lois de ces contrées, on peut se rendre compte du chemin qu'auraient suivi chez nous ces principes identiques sans l'influence contraire du droit romain.

§ I. — Les principales sources dans lesquelles on peut puiser des renseignements sur les peuplades germaniques sont la Loi Salique ou loi des Francs Saliens, la Loi Ripuaire, ou loi des Francs Ripuaires, la loi des Burgondes, la loi des Wisigoths, et les lois des Alamans, des Bavarois et des Thuringiens (qui sont des coutumes locales fort analogues

(1) Cf. Sohm : *Zeitschrift der Savigny Stiftung, fur Rechtsgeschichte*, t. I, partie germanique, 1er article.

(2) xiv et xvie siècle, cf. Eichhorn : *Rechtsgesch*, t. III, § 440.

aux précédentes). Il faut ajouter à ces sources les Capitulaires, et les recueils de Formules.

Les peuples germaniques sont les premiers chez qui apparaît l'idée dans le mariage d'une union à la fois des personnes et des biens, C'est à eux que l'on doit les principes qui donnèrent naissance à la notion de la communauté, régime qui devient la caractéristique de toutes les législations fondées sur les principes du droit germanique.

D'ailleurs, d'une façon plus générale, l'idée intime d'association, de mise en commun, est une particularité naturelle à ces races qui trouvaient , dans le régime de la collectivité, à une époque de barbarie profonde, le seul moyen de parer à bien des éventualités journalières : et c'est ce principe qui chez les Germains présida à la formation de la famille.

Cette dernière apparaît chez ces peuples encore barbares comme une petite société politique ; la famille était le principal et le seul lien qui à cette époque unissait entre eux les individus.

Chacune d'elle avait sa demeure, séparée, ses biens propres et son chef. Elle ne comprenait pas seulement le père, la mère et les enfants, mais elle embrassait la communauté de tous les parents par le sang. Toutes les personnes comprises dans ce groupe se trouvaient soumises au mundium du plus puissant. La famille formait un association dont tous les membres étaient tenus, dans les relations extérieures à une défense commune contre des ennemis communs ; à l'intérieur les forts devaient aide et protection aux plus faibles qui étaient les femmes et les enfants.

Dans les temps les plus anciens, les droits qui composaient le mundium du chef de famille, appartenaient à l'ensemble des membres capables de la famille. Plus tard, le mundium n'appartint qu'à un seul. Enfin, la famille prend un caractère plus privé et se limite au cercle plus étroit des parents et des enfants ; mais le mundium reste toujours à la base des droits du père de famille, avec cette différence que ces droits se précisent ; le mundium se divise alors en puis-

sance maritale, en puissance paternelle et en puissance tutélaire.

Cette construction de la famille germanique existe encore aux temps postérieurs, puisqu'on en trouve des traces dans les Capitulaires et dans les formules de Marculf (1).

De cette forme familiale particulière est née chez les Germains une conception spéciale de la situation du mari et de la femme dans le mariage, ainsi que nous allons le voir dans les pages suivantes.

Le mariage chez ce peuple dans le principe, est une affaire qui se traite entre le mari et les parents de la fille : toute femme germaine, en effet, se trouve soumise, même avant son mariage, à une tutelle perpétuelle (2), et une opinion accréditée veut que la principale formalité du mariage consiste dans un *pretium nuptiale*, qui représenterait l'achat par le mari, sinon de la femme elle-même, au moins du mundium qui appartient aux parents de la femme sur celle-ci. Cette forme de conclusion du mariage se trouve en usage à l'époque des « Leges Barbarorum » : mais tandis que chez les Burgondes, les Wisigoths, les Saxons, le mariage se fait par un paiement effectif du « pretium nuptiale », chez les Francs, à l'époque de la Loi Salique, ce n'est déjà plus qu'un symbole : le mariage se conclut « per solidum et denarium (3) ».

(1) Cf. Warnkœnig : *Franzœsische Rechtsgeschichte*, t. II, liv. II, chap. I. — Ginoulhiac : *Histoire du Régime dotal et de la communauté en France*, p. 170. — D'Olivecrona : *Précis historique de l'origine et du développement de la communauté de biens entre époux*, dans *Revue Historique de droit français et étranger*, 1865, p. 249. — Cf. *infra*, chap. III, p. 251, chap. IV, pp. 350.

(2) Schrœder : *Geschichte des ehelischen Gütterrechts*, 1re partie, introd., § 1er. — Stobbe : *Handbuch*, t. IV, § 215.

(3) Ce prix du mundium s'appelle *pretium nuptiale* ou *wittemon*, chez les Burgondes : *pretium emptionis*, chez les Saxons ; *arra*, *arrabo*, *reipus*, *reipi* chez les Francs. — Cf. Schrœder : op. cit., 1re partie, liv. I, chap. I, II. — Warnkœnig : op. cit., t. II, chap. II, III. — Eichhorn : *Rechtsgeschichte*, t. I, § 62. — Beaune : *Introduction à l'étude de l'histoire du droit coutumier*, p. 177. — Cf. *contra*. —

Ce prix est tout d'abord versé aux mains des parents de la fiancée ; ce n'est que plus tard qu'il est remis à la femme elle-même pour laquelle le « pretium nuptiale » constitue souvent une dot.

L'épouse en se mariant apportait peu de biens avec elle ; à l'origine son *Faderfium* se composait seulement de quelques objets mobiliers. Mais après la conquête, il se produit des changements dans la situation des femmes ; elles purent souvent avoir des immeubles en propriété en se mariant, soit parce que leur exclusion de la « terra Salica » ne se maintint pas, soit parce que leurs parents leur en faisaient donation (1).

Un autre élément des biens de la femme est la dot. La dot était une part de son propre patrimoine que le mari assurait à la femme au moment de la conclusion du mariage. Elle est née probablement du *pretium nuptiale* qui se changea en dot (2) : et chez les Francs où le *pretium nuptiale* n'était déjà plus qu'un symbole à l'époque de la rédaction, la dot avait besoin d'être stipulée expressément (*Libellus dotis* des Ripuaires).

Chez les Francs et surtout chez les Francs Saliens, la dot a une importance particulière pour la conclusion du mariage légitime. Et elle est également la suite nécessaire d'un mariage régulier ; car dans le cas où elle n'est pas assignée par le mari, la femme a droit à une dot légale : et à la simple

Lefebvre : *Cours 1896-1898*, qui ne voit dans ce *pretium nuptiale* qu'un simple présent et un profit familial. Il y a cependant de bonnes raisons pour affirmer que l'usage de l'achat de la femme elle-même est la forme de conclusion du mariage de tous les peuples qui sont dans la période de formation. — Cf. Esmein : *Trois documents sur le mariage par vente*.

(1) Pardessus : *Loi Salique*, p. 692. — Le *Faferdium*, en allemand « *Aussteuer* ». — Eichhorn : op. cit., § 62. — Stobbe : *Handbuch*, IV. — Schrœder : op. cit., 1re partie, livre I, § § 24 et suiv. — Beseler : *System*, t. II, p. 417 : Bluntschli : *Deutsch. Privatr.*, p. 199.

(2) Schrœder : op. cit., 1re partie, liv. I, § 10. — Ce ne serait que le Mundschatz primitif donné à la femme, tandis que les parents n'ont plus droit qu'au denier symbolique.

concubine n'est pas accordé cet avantage pécuniaire (1). Cette dot légale a commencé par être purement conventionnelle ; ce n'est que plus tard qu'elle est fixée par la loi.

Les droits accordés à la femme sur la dot varient d'ailleurs avec les peuples germaniques; tantôt elle en devient propriétaire, comme chez les Wisigoths ; ou bien elle n'en a que l'usufruit comme chez les Burgondes, tandis que chez les Francs Ripuaires, et probablement chez les Francs Saliens aussi, elle n'en à la propriété que si elle survit au mari, sauf cependant au cas où elle a été stipulée par écrit (2). D'ailleurs, en matière de dot conventionnelle, il y a, chez les Francs, une autre distinction à faire ; s'il y a des enfants nés du mariage, ce sont eux qui ont la propriété de la dot, et le mari n'en a que l'usufruit (3). La mère ne peut aliéner cette dot sans le consentement des enfants et après sa mort les biens qui la composent reviennent aux enfants (4).

Indépendamment de la constitution de dot, il était d'usage aussi que le mari fît à sa femme, au lendemain du mariage, un

(1) Cf. Schrœder : op. cit., 1re partie, liv. I, § 10. — Heusler : *Inst.* II, § 135. — Eichhorn : op. cit., I, § 62.

(2) Il y a dans ce dernier cas une controverse sur le caractère de la dot ; tandis que le plus grand nombre des auteurs la considèrent comme un simple droit de survie, Ginoulhiac (op. cit. p. 193 et ss.) a cherché à prouver que la dot était propriété de la femme et de sa famille, même lorsque le mari survivait. — Warnkœnig distingue : tant que la dot ne fut qu'une partie du pretium nuptiale, elle ne pouvait être un droit de veuve, et était recueillie par la femme et par sa famille. Quand cette forme originaire se perdit de vue pour faire place à l'idée nouvelle d'assurer à la femme survivante les moyens de vivre convenablement, le caractère de la dot changea aussi et elle ne fut plus qu'un droit de survie. — Warnkœnig : op. cit., t. II, c. II. — Pardessus : *Loi Salique*, pp. 675, 676. — Beaune : op. cit., p. 177. — Stobbe : *Handbuch*, § 217. -- Eichhorn : op. cit., I, § 62. — Schrœder, op. cit., 1re partie, liv. I, §§ 16 et ss.

(3) Ce n'est pas un usufruit au sens romain. La mère a déjà, pendant le mariage, un droit ferme qui limite le droit d'aliénation du mari. — Cf. Schrœder : op. cit., 1re partie, liv. II, p. 147, notes 9, 10, 11.

(4) Laboulaye : op. cit., p. 123.

don, appelé, à raison même du moment où il intervenait, don du lendemain ou « Morgengabe ». Ce Morgengabe pouvait consister en immeubles ou en meubles, et il formait, en général, un droit d'usufruit quand il portait sur les biens immobiliers. Chez les Francs, ce don du lendemain tendit rapidement à se confondre avec la dot (1).

Par suite du mariage, la femme franque, comme toute autre femme germaine, passe sous le mundium du mari (2). Ce dernier avait sur sa femme le même pouvoir que sur les autres membres de la famille ; Ginoulhiac conclut de cette situation à l'infériorité de la femme dans le groupe familial germanique, tout en lui reconnaissant cependant une position plus douce que chez les autres peuples (3) ; au contraire, d'Olivecrona donne des preuves de la situation plus relevée de la femme germaine (4) et Laboulaye dit que les Germains étaient habitués à « considérer leurs femmes comme associées naturelles de leurs travaux et de leurs dangers. » (5)

Le mari, en vertu de son mundium, est le représentant légal de la femme, et son droit porte aussi sur le patrimoine de cette dernière qui se trouve placé dans la main du mari.

Ceci nous amène à envisager la situation respective des deux époux quant au patrimoine du mariage.

Par suite du mariage les patrimoines du mari et de la femme se trouvent réunis dans la main du mari. Tout bien apporté par la femme tombe en effet immédiatement dans le patrimoine familial « Hausvermœgen » du mari ; nous avons vu que cet apport de la femme pouvait consister soit en meubles, soit en immeubles. Le patrimoine du mari

(1) Warnkœnig : op. cit., t. II, chap. II. — Ginoulhiac : op. cit., pp. 227 et ss.

(2) Cf. Beseler : *Deutsch. Privatr.*, II, § 136.

(3) Ginoulhiac : op. cit., pp. 215, 233, 234.

(4) D'Olivecrona : op. cit., p. 250.

(5) Laboulaye : *Recherches sur la condition des femmes*, p. 141. — Cf. Troplong : *Préface contrat de mariage*, p. CXV. — Basset : op. cit., p. 28.

comprend ses propres mobiliers ou immobiliers et aussi les acquêts ; dans toutes les législations germaniques, en effet, à l'origine, il semble que les acquêts appartenaient au mari seul ; et le droit d'un tiers dans ces ces biens que la *Loi Ripuaire* accordait à la femme à la mort du mari en est lui-même une preuve (1).

Les acquêts, que les sources de l'époque désignent par les termes « conquisita » « quod simul adquisierint », comprennent tout ce qui est acquis pendant le mariage du fait des deux époux, ainsi que les fruits de leurs propres. Les biens qui proviennent de succession, de donation, ou de l'échange d'un propre n'en font pas partie (2).

Les biens du mari et de la femme forment donc dans leur union une seule masse dont l'administration est dévolue au mari ; mais dans cette unité patrimoniale on distingue nettement les parties composantes et les pouvoirs du mari varient selon qu'il s'agit des biens de la femme ou de ses biens propres. Le mari ne devient pas propriétaire des biens de la femme. Pardessus nous définit clairement en quelques mots les pouvoirs du mari franc sur les biens de celle-ci : il n'avait sur ces biens que les droits qu'il avait sur la personne de son épouse ; or, le mari, n'avait, pour employer l'expression de cet auteur, que l'usage de la personne, et ne pouvait la vendre (3).

Le mari pouvait librement disposer dans cette masse des meubles de la femme ; à l'époque où le *faderfium* ne se composait que de meubles, son droit de disposition s'étendait par suite à tous les biens de la femme ; mais lorsque ce *faderfium* comprit aussi des immeubles, le droit du mari, qui ne

(1) Stobbe : *Handbuch*, IV, § 217, 3. — Euler : *Güter und Erbrecht zu Frankfurt à M.* bis 1509, *mit Rücksicht auf das frænkische Recht überhaupt*, § 2.

(2) Schrœder : op. cit., Ire partie, liv. II, § 2.

(3) Pardessus : *Loi salique*, p. 573. — Cf. Lex Burgond, tit. XIII. « Jubemus ut maritus ipse, facultate ipsius mulieris, sicut in eam habet potestatem ita et de rebus suis habeat. »

changea pas à l'égard du mobilier, ne fut plus aussi étendu à l'égard des biens immobiliers ; pour ceux-ci régnait le principe germanique de la conservation des biens dans la famille, idée qui entraînait de nombreuses mesures de protection au cas d'aliénation. Aussi la vente, l'échange et à plus forte raison la donation de ces biens n'était-elle permise au mari qu'avec le consentement de la femme ; il n'y avait d'exception qu'au cas d'absolue nécessité (*Echte Noth*) (1).

Ce même concours de la femme se trouve exigé lorsqu'il s'agit de priver la femme d'un droit qui lui est accordé sur le patrimoine du mari. En principe, ce dernier dispose librement de tous les biens, meubles ou immeubles, composant son patrimoine propre ; mais en fait, lorsqu'il a assigné à sa femme, soit à titre de dot, soit à titre de Morgengabe, une quote-part de ses immeubles, il est astreint, pour leur aliénation qui risquerait de faire évanouir le droit de la femme, à obtenir le consentement de celle-ci : et la règle resta la même lorsque ce droit conventionnel, que le mari assignait à son épouse sur ces biens, fut postérieurement accordé par la loi elle-même à cette dernière.

C'est dans cette institution, destinée à sauvegarder le droit de la femme, qu'il faut trouver le fondement de l'institution de la Gesammte Hand, qui au Moyen âge conduisit en Allemagne et en Suisse au développement de la communauté. Ce n'était évidemment pas encore l'institution elle-même ; car si le concours des deux époux existait dans de nombreux cas où il apparaissait comme nécessaire (2), il ne faut pas conclure de là à une règle générale (3).

Ce concours des deux époux au cas d'aliénation de certains immeubles trouvait son expression pratique dans ce

(1) Cf. Roth : *Bayerisch. Civilr.*, I, § 72.

(2) *Form.* Marculf : II. 4, « Ego et conjux mea adimus — villa nuncupiante illa — qua in allode parentum vel undecumque ad nostra pervenit dominatione. » — Cf. Pardessus : *Loi Salique*, p. 539.

(3) Cf. Sandhaas : *Frænkisches eheliches Güterrecht*, p. 114.

fait que le mari et la femme agissaient ensemble ; nous verrons cependant que fréquemment le mari agissait seul et la femme n'apparaissait plus que comme consentante (1).

En vertu de ces pouvoirs du mari sur la masse commune, la femme ne pouvait ni aliéner ses propres, ni contracter sans le consentement du premier (2) ; la situation juridique de l'épouse, quant au patrimoine commun ressemble beaucoup à celle des enfants vis-à-vis du père (3). Cependant, ce pouvoir du mari ne détruit pas la capacité de la femme qui demeure capable dans sa sphère, c'est-à-dire, pour tout ce qui concerne le ménage (4). Mais en dehors de ce cercle restreint, bien qu'elle ne soit pas incapable, elle ne peut aucunement disposer de la masse qui est dans la main du mari.

A la dissolution du mariage, les deux éléments qui formaient le patrimoine conjugal et qui avaient conservé leur identité malgré leur union, se séparent de nouveau.

Lorsque le mariage se dissout par la mort de la femme, d'après la *Loi Salique* et la *Loi Ripuaire*, le mari garde la dot et le Morgengabe qu'il avait assignés à sa femme ; quant aux biens de celle-ci, c'est-à-dire ses immeubles et ce qui reste de ses meubles, ils sont recueillis par les héritiers de la femme.

Si c'est au contraire le mari qui meurt le premier, la femme reprend d'abord ses apports ; elle a droit ensuite à sa dot et à son Morgengabe. Mais elle a de plus certains droits de veuve sur le patrimoine du mari ; si aucune dot ne lui avait été stipulée par le mari, elle pouvait, en effet, pré-

(1) Cf. Schrœder : op. cit., 1re partie, liv. II, 1, notes 22, 23. — Heusler : *Inst.* II, § 136.

(2) Euler : op. cit., § 2. — Stobbe : *Handbuch*, IV, §§ 215, 217. — Schrœder : op. cit., 1re partie, liv. II, § 1.

(3) E. Huber : *Die Historische Grundlage des ehelichen Güterrechts der Berner Handfeste*. — *Basler Universitætsfestschrift*, 1884, II. — Cf. Schwarz : *Die Gütergemeinschaft der Ehegatten nach frænkish. Recht.*, § 2.

(4) Elle a en effet « *der Regiment der Schlüssel* ». — Cf. Schrœder : op. cit., 1re partie, livre II, § 1.

tendre à une dot légale qui était née de la coutume de la dot et du Morgengabe conventionnels. Cette dot, d'après la *Loi Ripuaire*, consiste en un droit fixe de 50 solidi et en une part d'un tiers dans les acquêts du mariage : « Si autem per seriem scripturarum ei nihil contulerit, si verum super vixerit, L solidos in dotem recipiat, et tertiam partem de omni re quam simul conlaboraverint sibi studeat evindicare » (1). Dans la loi des Francs-Saliens, il n'y a pas de décisions à ce sujet, ou du moins ces décisions ne sont pas parvenues jusqu'à nous d'une façon compréhensible ; mais il est probable que chez cette peuplade également il était accordé à la veuve un droit au tiers des acquêts (2).

On a longuement discuté sur la nature du droit qui est attribué par ces lois à la femme survivante sur le patrimoine du mari, et on a soutenu qu'il y avait là la preuve de l'existence d'une communauté déjà à l'époque des Leges Barbarorum.

Mais il est cependant difficile de voir dans ce droit de la femme la trace d'une co-propriété des deux époux sur les acquêts; il y a là plutôt un simple droit de succession, de survie, accordé à la femme, et ce n'est que peu à peu que naît cette idée que la femme a déjà durant le mariage un droit à une quote-part de cette masse. Il est certain que le mariage et les mœurs germaniques contenaient les germes du principe de l'égalité des deux époux, dont la communauté de biens n'est que l'expression positive et réelle. Il y a évidemment, à l'époque des lois barbares, des éléments juridiques qui donneront naissance, pour certains biens, à la

(1) *Lex Rip*, tit. 37, § 2. — Schwarz : op. cit., § 1. — Heusler : *Inst.* II, § 136. — Schrœder : op. cit., 1re partie, I, pp. 91 et ss., p. 136. — Sandhaas : op. cit., p. 82, p. 121. — Klimrath : *Histoire du droit public et privé de la France*, §§ 177 et ss.

(2) Cf. *Capit.*, IV, 9, — V, 295. — *Lex Salica*, tit. 82 : « ... *tertia substantiæ mariti usque ad diem mortis sui secura possideat....* » — Cf. Euler : op. cit., § 2. — Un droit semblable se retrouve chez les Wisigoths (*Lex Wisigoth*, liv. IV, chap. II, § 16) et chez les Saxons, où le droit de la femme est de 1/2 (*Lex Saxo*, tit. IX).

pensée d'une communauté ; mais il n'y a pas encore, dans ce seul fait du droit de la veuve sur les acquêts, une véritable copropriété

Les Francs se proposaient, par le mariage, d'atteindre à une unité idéale des personnes et des biens ; et cette pensée se retrouve dans le patrimoine conjugal. La base de la situation patrimoniale, à l'époque des Volksrechte, est la conception d'une masse indivise formée des patrimoines du mari et de la femme, et soumise à l'administration du premier ; mais il n'y a pas là une communauté, une propriété commune, et ce que la femme prend des acquêts n'est qu'un droit de veuve. Car si les deux époux confondent leurs biens en une seule masse, ce n'est en réalité que pour la durée du mariage ; à la dissolution, en effet, les biens qui composent ce patrimoine se séparent les uns des autres, d'après leur origine : et ce qui vient du mari retourne au mari, ce qui vient de la femme retourne à celle-ci ou à ses héritiers. Et même pendant le mariage déjà les deux patrimoines, malgré leur unité apparente, se distinguent clairement à l'intérieur, ainsi que nous avons pu le voir plus haut (1).

On ne peut donc pas parler de biens communs ; il n'y a que le patrimoine de la femme et le patrimoine du mari, celui-ci comprenant les acquêts. On ne rencontre qu'une union de ces différents biens dans la main du mari ; il n'existe qu'une « Gütervereinigung » organisée dans l'intérêt de la société conjugale.

Le très ancien droit a donc construit le régime des biens entre époux sur une base qui répond à la conception postérieure allemande et suisse de la « Verwaltungsgemeinschaft » ou « communauté d'administration » : le patrimoine de la femme est dans la « Gewere » du mari, mais ce patrimoine revient à la dissolution à la première ou à ses héritiers (2). Tout au plus

(1) *Supra*, p. 1?3.

(2) Stobbe : *Handbuch*, IV, § 217. — Gerber : *Deutsch. Privatr.*, p. 616 et note 9. — *Seinen und Iehring s Iahrbuch*, I, p. 350, note 4. — Eichhorn : *Rechtsgesch*, I, § 62. — Euler : op. cit., § 2. — Schrœ-

pourrait-on parler ici d'une communauté *formelle* au sens de Runde (1).

§ II. — Dans le paragraphe précédent relatif au droit germanique, nous nous sommes surtout attachés au droit franc, laissant un peu de côté les détails relatifs aux autres races germaniques. C'est d'ailleurs avec intention; parmi tous les peuples qui colonisèrent l'Allemagne, la Suisse et la France anciennes, la nation des Francs demande une attention particulière parce que l'on rencontre dans l'évolution postérieure de son droit une institution qui lui est propre, et dont nous avons indiqué les règles au chapitre 1er, la Gesammte Hand : ce système s'y rencontre particulièrement dans le régime des biens entre époux. Il faut y joindre une autre institution juridique destinée à régler les droits de la veuve et des enfants sur le patrimoine conjugal à la dissolution du mariage et que l'on désigne du nom de « Verfangenschaftsrecht. »

Ces deux institutions, telles qu'on les retrouve plus tard en pleine vigueur chez les Francs des régions rhénanes, thuringiennes et alamanes sont propres au droit franc; c'est une chose qu'ont reconnu tous les auteurs allemands qui ont traité de la question. La Gesammte Hand surtout apparaît

der : 1re partie, liv. I, § 2. — Beaune : op. cit., p. 179. — Ginoulhiac : op. cit., pp. 222 et ss. — Warnkœnig : op. cit., t. II, chap. II. — Cf. *Contra*. — Sohm : *Mon. germ.*, I L. V, pp. 232, 233, qui admet une « *communio quaedam omnium bonorum* ». — Pardessus : *Loi Salique*, section III. — Heineccius : *Elem. Juris. germ.*, lib. I, §§ 270 et ss. — Heusler : *Inst.* II, § 135. — Sandhaas : op. cit., § 7, 2. — D'Olivecrona : op. cit., p. 275. — Kraut : *Vormundschaft*, II, pp. 377 à 384. — Klimrath : *Travaux sur l'Histoire du Droit français*, I, pp. 373, 374. — Odier : op. cit., II, p. 18, p. 36. — Walter : *Deutsch. Rechtsgesch.*, p. 462.

(1) Runde : *Deutsches eheliches Güterrecht*, § 3. Suivant que les biens apportés par les deux époux restent distincts ou forment une masse dans laquelle il n'y a plus que des quotes-parts, il y a communauté formelle ou matérielle.

comme caractéristique parmi les autres principes juridiques de cette nation (1).

Nous avons vu qu'il faut chercher l'origine du système de la Gesammte Hand, pour la communauté entre époux, dans la coutume établie pour le mari d'assigner à sa femme comme dot ou comme Morgengabe une part des acquêts (2), usage qui plus tard se change en un droit légal pour la veuve. Sur la masse conjugale, qui n'est d'abord qu'une union des biens distincts des deux époux dans la main du mari, celui-ci a un libre droit d'administration; mais le très ancien droit déjà, pour que l'époux ne pût anéantir le droit accordé à la femme sur une part des acquêts par une disposition qu'il eût faite seul, donna à la femme la faculté d'imposer son consentement à toute aliénation concernant ces biens, exactement comme s'il se fût agi de disposer des immeubles compris dans son apport personnel (3).

Mais de ce simple droit de survie accordé à la femme sur les acquêts, naît peu à peu l'idée d'une copropriété, d'une communauté d'acquêts. Ceux-ci ne sont plus simple propriété du mari : ils deviennent propriété des deux époux; le droit de succession accordé à la femme se transforme en un droit de copropriété pendant la vie du mari. Puis, nous le verrons, l'usage des donations mutuelles à cause de mort entre époux, que l'on trouve non seulement dans les formules (4), mais même dans les textes de lois (5), devient de plus en plus fréquent grâce à certaines circonstances qui les facilitent; et sous cette influence l'idée de communauté s'étend par suite

(1) Cf. Gareis : *Die Errungenschaftsgemeinschaft in den althessichen Gebietstheilen der Provinz Oberhessen*, p. 65 — Heusler : *Inst.*, I, p. 22, 23, II, § 149.— Euler : *Mittheilung über eheliches Güterrecht*, p. 69 et s. — *Güter und Erbrech zu Francfurt à M. bis* 1509, § 2. — Beseler : *System* , § 137.

(2) Cf. *supra*, p. 124.

(3) Cf. Roth : *Bayerisch. Civilr*, § 74. — Schrœder : 2e partie, 1, § 16.

(4) Cf. *Form.* Lindenbrog : 50.

(5) Cf. Stobbe : *Handbuch*, IV, § 219. — Sandhaas : op. cit., § 8.

peu à peu de la catégorie des acquêts à celle des meubles d'abord, puis à tous les biens des époux ; le patrimoine commun dans lequel à l'origine on distinguait nettement les biens de chaque conjoint (1) devient une masse dont on ne peut plus, pendant toute la durée de l'association conjugale, séparer les éléments composants ; de sorte qu'à la dissolution, les biens ne sont plus partagés d'après leurs origines ; le patrimoine se divise entre les enfants et le survivant tantôt en meubles et immeubles (Verfangenschaftsrecht) tantôt en certaines quotes-parts (Theilrecht). Cette institution d'une masse conjugale dans laquelle les biens des époux sont indistinctement confondus est propre aux régions non saxonnes, et particulièrement aux pays francs (2).

Sur cette masse, le régime de l'action commune institué pour sauvegarder certains droits de la femme, s'étend en même temps que ces derniers portent sur l'ensemble ; le mari a toujours en principe le libre droit d'administration et de disposition ; mais son pouvoir se trouve restreint lorsqu'il s'agit d'aliéner des immeubles ; le concours de la femme est nécessaire, maintenant, que les immeubles constituent soit des apports du mari, soit des apports de la femme, soit des acquêts ; la disposition ne peut plus avoir lieu que « mit Gesammter Hand », « conjunctis manibus, communibus manibus, communi manu (3) ».

Nous allons suivre maintenant les détails de ce développement dans les régions allemandes.

(1) Cf. *supra*, pp. 123, 127.

(2) Cf. Stobbe : *Handbuch*, IV, § 221.

(3) Heusler : *Inst.* II, §§ 135, 136 et les notes. — Sandhaas : op. cit., *Beilage*, II. — Garcis : op. cit., p. 65. — Schrœder : op. cit., 1re partie, liv. II, notes 22, 23. — Euler : *Güter und Erbrech zu Francfurt a M. bis*, 1509, § 3. — Roth : *Zeitschr. f. vergleisch. Rechtswissensch.* Bd. I, p. 69.

Section III. — **Allemagne**.

§ I. — Du moyen âge au XVI[e] siècle.

1° L'histoire seule permet de suivre exactement l'évolution des institutions juridiques d'un peuple, et d'en définir avec précision le caractère ; et comme la base du droit privé des temps postérieurs aux Volksrechte fut pour une grande partie de l'Allemagne le droit des Francs, il est utile de suivre en quelques mots l'évolution de la race franque.

La première mention que l'on rencontre de la nation des Francs (1) date environ de l'an 241 où ils se trouvent sur la rive droite du Rhin ; c'est sur le cours inférieur de ce fleuve qu'eurent lieu leurs premières incursions ; vers le milieu du IV[e] siècle, les Francs Saliens se trouvent déjà au sud des pays situés à l'embouchure du Rhin et de la Meuse ; peu à peu ils envahissent les régions où la domination romaine faiblit ; au commencement du V[e] siècle ils apparaissent dans les contrées Celto-Romaines et au VI[e] ils sont en possession des principales villes celtiques avec, à leur tête, une royauté solidement établie.

A leur suite apparaissent les autres tribus : les Chattes vont s'établir dans la région comprise entre Clève et Gueldre, tandis que les Ripuaires s'étendent dans le pays entre Bonn et Zulpich, et de plus en plus vers l'ouest.

Mais il est inutile de suivre les autres nations franques dans leur histoire qui dure peu ; toute l'évolution du droit du moyen-âge, en effet, repose sur l'influence prépondérante du droit franc-salien sur les autres. Car la peuplade des Francs-saliens absorba peu à peu toutes les autres races, et cette prépondérance territoriale créa par contre-coup un domaine unique dans le droit. Au temps de sa rédaction la

(1) Sous ce nom sont compris les Saliens, les Sicambres, les Bructères, les Chérusques, les Chattes, les Ripuaires, etc.

Loi Salique a peu d'étendue (1) ; mais après l'établissement de l'unité du royaume franc sous Clovis, la Loi Salique devient la loi générale de toute la race : la preuve s'en trouve dans ce fait que le deuxième titre de la Loi Ripuaire n'est en réalité qu'une reproduction de la Loi Salique (2). M. Sohm en indique une autre preuve encore dans un Cartulaire Lombard de l'an 1000, qui laisse entendre clairement que le droit des francs-saliens est devenu celui des autres races allemandes, et qu'au xe siècle les peuples allemands de l'ancien royaume franc sont soumis à une législation privée uniforme dans son développement coutumier (3). Dans l'histoire du droit allemand du moyen-âge postérieur cette suprématie des institutions franques est évidente ; tout le développement du droit public dans l'empire d'Allemagne n'est qu'une suite des principes du droit franc ; il en est de même de l'organisation judiciaire et du régime féodal dont la vassalité et le bénéfice ne sont que les formes franques (4).

Pour le droit privé nous assistons encore au même développement ; partout on rencontre l'influence franque ; et on la retrouve principalement dans l'investiture (5) et la cession des fiefs (6) d'abord, et enfin dans le régime des biens entre époux.

Roth divisait l'Allemagne en deux régions seulement, pays

(1) Elle règne sur les régions de la Forêt Noire, les pays des bords de la Moselle, et ceux qui se trouvent aux environs des villes de Tournay et de Cambrai.

(2) Schrœder : *Zeitschr. f. Rechtsgesch*, XV, pp. 1 à 5, 36 et ss. — Lamprecht : *Beitrage zur Geschichte der franzœsichen Wirtschaftsleben im elften lahrhundert*, p. 75. — Cf. *contra* Eichhorn : op. cit. I, p. 800, pour qui le droit Ripuaire semble avoir une influence égale à celle du droit Salien.

(3) Sohm : *Zeitschrift der Savigny Stiftung*, I, partie germanique, 1er article, p. 4.

(4) Sohm : op. cit., pp. 21 à 26. — Cf. Beseler : *Volksrecht u. Juristenrecht*, p. 7.

(5) Sohm : op. cit., p. 27 et s. — Cf. *contra*, Heusler : *Gewere*, pp. 2 à 5.

(6) Sohm : op.cit., p. 34.

de droit saxon, et pays de droit franc (1). M. Sohm va plus loin que ce dernier et ne reconnaît qu'une région unique, celle du droit franc ; et il fait encore remarquer à ce propos que ce n'est pas le droit ripuaire (qu'il appelle le droit germano-franc) mais exclusivement le droit salien (qu'il appelle le droit franco-franc) qui gouverne l'Allemagne ; pour lui l'histoire du droit allemand au moyen-âge c'est l'histoire, pour nous servir d'un mot allemand, de la « réception » du droit des francs occidentaux en Allemagne (2).

2° Nous allons entrer dans cette histoire pour la communauté entre époux. Il est assez difficile de classer très rapidement et d'une façon précise les divers régimes matrimoniaux, et particulièrement les diverses régions de communauté de l'Allemagne, d'abord à cause de l'infinie diversité des statuts et des lois ; pendant la période féodale l'Allemagne eut de nombreuses coutumes qui remplacèrent les anciennes lois barbares ; chaque province, chaque ville libre en établit. Et il faut compter en outre avec les variations de la pratique et de la doctrine qui ne sont pas toujours d'accord sur la place à assigner au régime d'une loi ou d'un statut (3). Mais on peut ramener à deux classes principales les divers systèmes que l'on rencontre en Allemagne.

Dans les pays, où, à l'époque des Volksrechte, la femme n'avait à la dissolution qu'un droit d'usufruit, la séparation interne des patrimoines se maintient dans l'unité apparente à l'extérieur de la masse conjugale ; c'est ainsi que se développèrent le droit ostphalien et saxon, qui trouve sa meilleure expression dans le Sachsenspiegel, et dont on rencontre les principes dans le Schwabenspiegel. C'est le do-

(1) Roth : *Zeitschr. f. Vergleich. Rechtswissenschaft*, I, 1898, p. 48.

(2) Sohm : op. cit., pp. 62, 65. — Cf. Gothein : *Beitræge zur geschichte der Familie im Gebiete des alamanischen und frænkischen Recht*, p. 13. — Cf. *contra*. Heusler : *Inst.* I, pp. 22 et 23.

(3) Cf. Roth : op. cit., p. 39. — Ginoulhiac : op. cit , p. 236.

maine du système de la « *Gütereinheit* » ou « *Verwaltungs-gemeinschaft* ».

Dans les régions au contraire ou dans le très ancien droit on peut trouver une tendance à admettre un droit commun des époux sur les acquêts, se produisit plus tard une confusion intime des patrimoines aussi bien à l'intérieur qu'à l'extérieur. C'est aux deux époux qu'appartient la masse commune durant le mariage, et le survivant à la dissolution n'a plus droit qu'à une quote-part de cette masse au lieu d'en retirer son patrimoine tel qu'il y était entré (1) ; c'est le système de la communauté, de la « *Gütergemeinschaft* ».

A ce dernier système se trouve intimement lié le régime franc de la Gesammte Hand ou de l'unité patrimoniale ; les biens des époux ne représentent qu'une seule masse dans laquelle les éléments qui la composent ne se distinguent plus selon leur origine, ni pendant le mariage, ni à la dissolution.

L'ancien système franc, indiqué à la section précédente (2) se maintient en Allemagne comme droit coutumier jusqu'au XIIIe siècle. A cette époque, alors que les vieux Volksrechte avaient perdu leur valeur comme droit écrit, apparaît un recueil juridique qui acquit rapidement une très grande influence, le *Sachsenspiegel* ou *Miroir de Saxe* (3).

Les principes du Sachsenspiegel suivent presque sans changements les règles du très ancien droit, telles qu'elles se rencontraient dans les Volksrechte. Mais le système de la Gesammte Hand y est inconnu. Il semble donc utile de distinguer le régime des races saxonnes, de celui des races franques quant aux biens des époux.

Nous trouvons dans le régime saxon la « *Gewere* » du

(1) Gaupp : *Verfassung der Sachsen*, p. 184. — Euler : *Güter-u. Erbrecht*, zu F. a. M. § 3.

(2) *Supra*, pp. 120 et ss.

(3) Le Sachseuspiegel fut composé par Eipe von Repgow entre 1215 et 1218. Cf. Roth : op. cit., p. 51 et s. — Ginoulhiac : op. cit., p. 237 et s. — D'Olivercrona : op. cit., p. 279.

mari, sur le bien de la femme (*Frauengut*) ; c'est à la fois une tutelle véritable et un droit qui appartient au mari comme chef de la maison. Le mari prend le bien de la femme « *in seine Gewere zu rechter Vormundshaft*(1).

Par suite de cette tutelle du mari, la femme ne peut plus disposer d'aucune partie de son patrimoine sans le consentement du mari, et les biens des deux époux forment une masse commune dans la main de ce dernier qui en vertu de sa « *Herrschaft* » domestique en a l'administration.

Le mari dirige librement son propre patrimoine ; il aliène sans entraves ses meubles, et n'est tenu pour l'aliénation de ses immeubles qu'au consentement de ses plus proches héritiers (2).

Mais il y a cependant une exception à cette liberté de pouvoirs du mari et le consentement de la femme lui est nécessaire pour disposer de ses immeubles lorsqu'il porte atteinte au droit que la femme a sur ces derniers en vertu de son Morgengabe.

Le droit d'administration du mari porte aussi sur les biens de la femme ; mais il ne peut aliéner les immeubles de cette dernière qu'avec son consentement ; et d'après une nouvelle théorie ce concours serait nécessaire même lorsqu'il s'agirait de disposer des meubles de la femme (3).

Ces droits de disposition et d'administration du mari sur la masse commune ont été pendant longtemps considérés comme dérivant de son mundium, de son droit de tutelle (4) ;

(1) Sachsensp : I, 31, § 2. — *Swenne en Man Wif nimt, so nimt he in sine Gewere al ir Gut to rechter Vormuntscap* ». Sur la signification de cette expression. Cf. Kraut : *Vormundschaft nach den Grundsætzen des deutschen Rechts*. — Cf. Schwarz : op. cit., § 2.

(2) Cf. *supra*, chap. I, p. 15.

(3) Kraut : op. cit., t. II, pp. 454 et suiv.

(4) Eichhorn : op. cit., § 369. — Runde : *Deutsch. eheliches. Güterrecht*, § 7. — Mittermaier : *Deutsch. Privatr.*, § 384. — Philipps : *Deutsch. Privatr.*, II, pp. 143, 195.

mais la doctrine nouvelle le fait dériver avec plus de raison de son pouvoir de chef de l'union conjugale « Herrschaft » (1).

La véritable situation du mari n'est pas comparable à celle d'un tuteur. Dans la société des personnes et des biens qui se forme entre les époux, il faut un chef, et ce chef c'est l'homme ; et c'est exclusivement en vertu de cette situation juridique que l'époux est chargé de diriger le patrimoine commun, et qu'il possède le droit d'en disposer selon les nécessités.

Il ressort des règles relatives à l'administration de la masse commune que le Sachsenspiegel pendant le mariage même, distingue très bien le patrimoine de la femme de celui du mari ; si le mari a la « Gewere » sur le bien de la femme il ne s'ensuit pas qu'il en soit le propriétaire ; chaque époux au contraire garde la propriété de ses apports (2) ; le patrimoine de l'association conjugale ne forme pas une masse unifiée et indivisible, gouvernée par un principe unique sans que l'on prenne en considération l'origine de chacune de ses parties composantes. Tout au contraire, suivant qu'une partie de ce patrimoine vient de la femme ou du mari, des règles différentes régissent ces biens. Néanmoins, malgré cette séparation interne, le patrimoine des deux époux, en tant qu'il se trouve sous la Gewere du mari, forme « *ein ungetheiltes, ungezweites Vermœgen* (3) » ; et c'est pourquoi l'on a désigné ce régime sous le nom de « *Gütereinheit* » ou encore par l'expression de « *Verwaltungsgemeinschaft* ».

Cette unité, ou comme l'exprime le terme allemand, cette « *Ungezweitheit* » cesse d'ailleurs à la dissolution du mariage ; à la mort de l'un des époux, le patrimoine se sépare de nouveau en ses éléments originaires « *er zweitet sich* ».

(1) Kraut : op. cit., t. II, pp. 377. 500.

(2) Stobbe : *Handbuch*, IV, § 218, 2.

(3) Cf. Schwarz : op. cit., § 2. — Sachsensp : I, 31, § I. « *Man und Wib ne hebbet nein getweiet Gut to irme live.* » — Cf. Kraut : op. cit., II, p. 551. — Stobbe : *Handbuch*, IV, § 218, 3.

La femme survivante reprend son apport qui comprend tous les meubles aussi bien que tous les immeubles qui composaient son patrimoine à l'époque de son mariage, et elle a droit en plus à sa « *Gerade* » ou « *Frauengerade* » ; enfin elle prend son Morgengabe et le « *Leibzucht* » ou droit d'usufruit que lui a laissé son mari sur ses propres. Le reste du patrimoine du mari revient aux héritiers de celui-ci.

Lorsque le mari survit, il reprend son patrimoine et a droit en plus à tous les meubles de la femme, à l'exception de la Gerade qui est recueillie par les héritiers de celle-ci en même temps que ses immeubles (*Eigen*).

Le Sachsenspiegel ne contient pas de décisions relatives aux acquêts ; et, comme dans le très ancien droit, ils appartenaient certainement au mari seul en tant qu'une partie de ces biens ne rentrait pas sous la conception de la Gerade (1).

Cette séparation des deux patrimoines pouvait ne pas apparaître immédiatement au décès de l'un des époux ; car le survivant avait la faculté, quand il y avait des enfants, de rester avec eux dans l'indivision, « *in ungezweitem Gute* », « *in der Were* ». Le père survivant dans ce cas a la tutelle des enfants, et administre librement, tandis que la mère a besoin d'un tuteur et ne peut agir que sous la surveillance de ce dernier ; mais ni le père ni la mère ne peuvent aliéner un immeuble sans le consentement des enfants. Cette situation cesse dès que le survivant pour une raison quelconque se sépare des enfants ; le partage a lieu alors comme au cas de mort de l'un des époux. La simple conclusion d'un second mariage n'était pas elle-même une cause de partage ; le nouvel époux se trouve simplement « *in ungezweiten Gute* » avec le survivant et les enfants.

Dans ce régime du Sachsenspiegel, les droits du mari, quant aux dettes, ressemblent à ses droits sur les biens de la femme : il ne peut affecter les immeubles de celle-ci, sans

(1) Kraut : op. cit., II, pp. 377 et suiv.

son consentement, au paiement des dettes contractées par lui seul.

De même, la femme ne peut contracter seule des dettes que le mari serait tenu de payer. Dans ce cas, elle reste tenue personnellement et elle est obligée de satisfaire ses créanciers aussitôt qu'il lui advient un bien qui ne tombe pas dans la Gewere du mari, ou bien lorsque son patrimoine se trouve libéré par la mort de ce dernier. Le mari n'est tenu de payer que les dettes antérieures au mariage de la femme, comme grevant le patrimoine qu'il prend (2).

(2) A côté du Sachsenspiegel, nous trouvons à la même époque une autre œuvre juridique, le *Schwabenspiegel* ou *Miroir de Souabe* qui pour Eichhorn ne serait que le Sachsenspiegel modifié. En réalité, les mêmes règles fondamentales s'y retrouvent, mais nous verrons que l'on rencontre dans cette source de nombreux éléments du droit franc (*infra*, p. 144) ; et le développement postérieur de ses principes aboutit à la communauté, grâce à l'influence franque particulièrement forte en Souabe. Il n'est donc rapproché ici qu'en raison de la ressemblance de ses règles avec la Verwaltungsgemeinschaft du Sachenspiegel.

Le mari y est le « *Vogt und Meister* » de sa femme. La femme ne peut rien aliéner de son patrimoine sans le consentement du mari (Schwabensp. C. 59). « *Ein Wip mac an ires Names urlop ir Guotes nicht hin geben, weder Eigen, Lippedinge, noch Zinsguot noch warende Guot: das ist davon das er ir Voget ist* ».

Le patrimoine conjugal forme ici aussi une masse unifiée (Schwabensp C. 33.) « *Man unde Wip mugen nicht gehaben dehein Guot gezweiet.* » Mais le droit de disposition et d'administration du mari semble un peu plus étendu que dans le Sachsenspiegel : s'il ne peut toujours aliéner le Morgengabe et ses éléments sans le consentement de la femme, en cas de nécessité il a le droit de disposer seul des meubles comme des immeubles de celle-ci (Schwabensp. C. 10. C. 20. — Kraut : op. cit. pp. 480 et suiv.). Et quand il y a des enfants nés de l'union conjugale, il peut sans entraves aliéner le mobilier de la femme.

Ici aussi, les pouvoirs du mari dérivent de sa puissance domestique et la preuve s'en trouve dans le Schwabenspiegel lui-même (C. 10). « *Das ist davon, das der Man des Wibes Voget ist und ir Meister* ». D'ailleurs le droit du mari sur le mobilier de la femme, lorsqu'il n'y a pas d'enfants, concorde avec le droit de succession de la femme dans le même cas ; car elle a en plus son Morgengabe et sa Leibzucht. Quand il y a au contraire des enfants, vivant à l'époque de la

Le système de la Gütereinheit ou Verwaltungsgemeinschaft du Sachsenspiegel tint peu de place dans l'évolution postérieure du droit allemand ; on le rencontrait en Hanovre, dans le Mecklembourg et le duché de Brunswick. Son développement le plus récent se trouve dans le Landrecht prussien et il n'a pas trouvé place, à l'exception de la Saxe Occidentale, dans le reste de l'Allemagne (1).

3° Au régime des régions saxonnes il faut opposer les règles juridiques des pays francs.

L'Allemagne se divisait, en effet, au moyen-âge, quant au développement juridique en Francs et en Saxons, terra juris Franconici et terra juris Saxonici. L'influence prédominante de la race franque en Allemagne se retrouve dans l'évolution juridique de ce pays ; et les principes francs ne se seraient pas seulement insinués dans les institutions des autres races de l'Allemagne méridionale (Souabes, Bavarois et Thuringiens), mais certains auteurs soutiennent même que chez les races du Nord le principe du partage par moitié qui existe, dans bien des régions de la contrée saxonne, doit être ramené à une origine franque (2).

Sur l'origine du régime des biens particulier aux régions franques, on trouve en Allemagne deux systèmes dans la doctrine.

L'école ancienne partait de ce point de vue qu'an moyen-âge la Verwaltungsgemeinschaft, telle qu'elle existait dans le plus ancien droit germanique ainsi que dans le Sachsens-

dissolution, les meubles se partagent également entre les enfants et la veuve et celle-ci ne reprend que ses apports immobiliers (Kraut : op. cit , II, p. 488). Dans les deux cas, ici, la femme n'a pas droit à une Gerade.

Enfin, le droit du mari est aussi un peu plus étendu quant aux dettes : de même qu'en cas de nécessité, il peut aliéner les biens immobiliers et mobiliers de la femme, il peut dans ce cas aussi les grever de dettes.

(1) Cf. Roth : op. cit., p. 68. *Bekker's u. Muther's. Iahrb.* 1859, p. 54. — Schrœder : Liv. II, 2e partie, 3.

(2) Roth : op. cit., p. 48.

piegel, aurait été une institution juridique commune à toutes les parties de l'Allemagne ; le mundium marital aurait été l'expression du droit national allemand, et ce serait du système de la Gütereinheit basé sur ce pouvoir du mari que serait né le régime de communauté allemand. Et plus spécialement la communauté entre époux ne serait qu'un produit des villes et n'apparaîtrait qu'au XVI[e] siècle; elle dériverait du mundium marital (1), n'aurait pas d'origines anciennes particulières, et serait inconnue du moyen-âge. En vertu de l'importance croissante du commerce et de l'industrie dans les villes, et en conséquence aussi du développement de la fortune mobilière tandis que les propres perdaient de leur valeur, en vertu également de la disparition du privilège de masculinité, les dots des filles deviennent de plus en plus considérables; ces dots leur servent peu à peu de mises de fonds dans le commerce du mari dont, par droit de succession, elles partageaient déjà les bénéfices sans participer aux dettes. Mais, en raison de cette mise personnelle des femmes, les con'rats de mariage auraient renfermé dès lors des clauses d'association des femmes aux bénéfices et aux pertes et de ces clauses serait né le régime de communauté des statuts (2). Une fois établi, le système se serait répandu en Allemagne.

(1) Cf. Laboulaye : op. cit, p. 375. — Ginoulhiac : op. cit., pp. 249 et suiv. — D'Olivecrona : op. cit , p. 280. — Mittermaier, *Deutsch. Privatr.* II, § 385 et 386. - Philipps : *Deutsch. Privatr.* II, § 140-141. — Eichhorn : op. cit., I, § 62, III, § 451. — Hasse: *Skizze der Güterrecht der Ehegatten nach einigen der ælltesten deutschen Rechtsquellen*, p. 68. — Stobbe *Handbuch*, IV, §§ 215, 216 — Bluntschli : *Deutsch. Privatr.* II, § 197, III, § 22. — Tropp : *Heise u. Tropp, jurist. Abhandl* II, pp. 427 et suiv. — Donaut : *Versuch einer Geschichte der Bremen Stadtrechte.* — Runde : *Deutsch. ehel. Güterrecht*, §§ 58 et 59. — Beseler : *Volksrecht u. Juristenrecht*, 4. Nous avons déjà vu (*supra*, p. 135) que, même dans le système de la Gutereinheit, le mundium du mari n'est plus considéré actuellement comme la base de son droit sur le patrimoine du mariage. — Cf. Gaupp : op. cit , pp. 172 et suiv.

(2) Mittermaier : *Ueber ehel. Güterrecht. ds. Zeitschr. f. geschichtl. Rechtswiss*, II, p. 318. — Gerber : *Deutsch. Privatr.*, §§ 226 et

Cette ancienne doctrine nie donc l'originalité de la communauté entre époux et en fait une simple modification du régime de la Gütereinheit.

Cette opinion est abandonnée aujourd'hui. Les recherches historiques nouvelles, parmi lesquelles il faut mentionner tout spécialement l'œuvre de M. Schrœder (1), ont montré l'erreur de ce point de vue qui consiste à ne voir qu'un seul système originaire à la base des régimes postérieurs, et ont abouti dans leurs travaux à cette conclusion certaine que c'est dans le droit propre à chacune des races qui ont peuplé l'Allemagne qu'il faut chercher les origines des institutions différentes entre elles que l'on rencontre postérieurement dans ce pays. Il est reconnu maintenant en effet que, particulièrement pour la communauté entre époux, les règles propres des Stammesrechte allemands se sont maintenues à toutes les époques. Il faut donc de toute nécessité classer et séparer les races dominantes de l'Allemagne, c'est-à-dire les Saxons et les Francs.

La communauté n'est donc pas un simple produit des villes. Les dernières recherches ont prouvé que la communauté entre époux, que l'on rencontre surtout dans les classes bourgeoises, et en général très peu dans la noblesse, ne pouvait cependant être née exclusivement dans la bourgeoisie, car on trouve de fort bonne heure son existence parmi les populations des campagnes. « Le lien que l'on veut établir entre la formation du régime de communauté, et la naissance des Stadtrechte, se trouve sans fondement, nous dit Gaupp ; car, aujourd'hui la communauté est le régime propre à la plus grande partie des classes rurales de l'Allemagne, et personne ne voudrait soutenir qu'elle a passé de la bourgeoisie chez les paysans (2) ».

234. — Hasse, op. cit., IV. — Eichhorn : *Deutsch. Privatr.*, § 298. — Kraut : *Vormundschaft*, II, p. 334. — Runde : *Deutsch. Civilrecht*, §§ 6 à 14. — Cf. aussi les auteurs cités à la note précédente.

(1) *Geschichte des ehelichen Güterrechts*, 1863.

(2) Op. cit., p. 174, cf. aussi une critique de la théorie de Gerber dans Schwarz, op. cit., Nachtrag.

Aussi la nouvelle doctrine, qui compte aujourd'hui le plus grand nombre de partisans, donne à la communauté une existence propre et trouve son origine dans l'apparition de la Gesammte Hand et du Gesammteigenthum. Et, se basant sur les renseignements fournis par l'histoire sur les droits des diverses races, elle oppose à la région saxonne et à son régime de la Gütereinheit, le régime franc, et classe avec Euler (1), Schwarz (2) et surtout Roth (3) dans ce système, une vaste région de sources qui comprend les contrées franques occidentales, la Lorraine, la Bavière, le Souabe, la Thuringe et la Westphalie. Dans ces régions, c'est un élément d'association et non plus le pouvoir unique du mari qui règle les rapports des époux quant à leurs biens communs ; et il est inutile d'entrer dans des détails complets sur les principes propres de chacun de ces pays, car le développement du droit franc suit au moyen-âge un mouvement uniforme, et l'on peut d'une façon générale opposer au droit saxon, ou droit du nord de l'Allemagne, le droit du Sud, ou droit franc, avec son régime de la Gesammte Hand et du Verfangenschaftsrecht.

Cette opinion a gagné de plus en plus du terrain, et Sohm, nous l'avons vu (4), ne voit plus dans toute l'Allemagne qu'une seule influence, celle du droit franc ; et il a raison car l'extension de ce droit fut si grande que Roth en a constaté des traces même dans certaines parties du droit saxon (5). Il serait inexact cependant de considérer le droit franc en général comme ayant eu un développement identique dans toutes ses institutions et pour toutes les régions où on le rencontre. Chaque contrée semble au contraire avoir suivi

(1) Op. cit., § 3.

(2) Op. cit., § 4, § 32.

(3) *Gütereinheit u. Gütergemeinschaft*, dans *Bekker's, u. Muther's Jahrb.* 1859, III, I, cf. Hænel : *Die eheliche Gütergemeinschaft in Ostfalen* dans *Zeitschr. f. Rechtsgesch*, 1861, I, § 1.

(4) *Supra*, p. 133.

(5) *Supra*, p. 139. Cf. Roth : *Deutsch Privatr.*, § 133.

une évolution juridique propre: mais dans chacun de ces droits particuliers on retrouve un régime des biens entre époux qui est soumis à des règles identiques; ce régime est le point de rencontre où viennent concorder toutes les législations du sol franc; et c'est dans cette concordance qu'il faut chercher l'explication des formes allemandes postérieures (1).

Le système de la Gesammte Hand a régné absolument partout dans les anciennes régions franques de l'Allemagne; on le rencontre dans les villes, dans les campagnes, et même dans la classe noble; mais dans celle-ci il est plus rare et se trouve souvent mitigé de règles spéciales. Et ce système, dans son développement, postérieur, aboutit avant l'époque de la réception du droit romain, à la communauté universelle, dans deux formes parallèles, *Verfangenschaftsrecht* et *Theilrecht*.

Cette communauté universelle a son fondement évident dans l'existence préalable et primitive d'une communauté particulière, et spécialement dans une communauté d'acquêts (2). Mais nous avons vu (3) qu'il ne faut pas admettre cette propriété commune des époux sur les acquêts à tous les moments: elle n'existe pas encore à l'époque ancienne des Volksrechte, dont le véritable système est une simple union des biens (*Einigung*) dans la main du mari. Mais peu à peu dans les droits francs se développe, sous l'influence du principe qui régit la situation des frères restés dans l'indivision à la mort du père de famille, une union plus intime des deux patrimoines des époux qui finissent par ne plus se distinguer l'un de l'autre, et forment une seule masse dont la nature juridique est une communauté entre les deux conjoints. En vertu de cette unité patrimoniale, on pourrait encore appeler ici le système franc, le système de la « Gütereinheit »

(1) Cf. Schwarz: op. cit., § 32

(2) Euler: op. cit., § 14. — Roth: *Bayerisch. Civilrecht*, § 14. *Zeitschr. f. vergleich. Rechtswiss.*, 1878, I, p. 39, 94.

(3) *Supra*, pp. 123, 127.

mais dans un sens tout à fait opposé à celui que les partisans de l'ancienne doctrine donnent à ce terme (1).

4° Le régime franc des biens entre époux repose sur le principe fondamental d'une fusion des deux patrimoines du mari et de la femme en une masse indivisible. Ni pendant, ni après le mariage on ne distingue plus ni les apports de chacun des époux, ni les acquêts ; tous ces biens sont confondus intimement, et sur eux les deux époux ont un égal droit de disposition qui ne peut se réaliser que mit Gesammter Hand.

Cependant le mari a un pouvoir propre d'administration sur ce « Gesammtgut ». Et tous les biens communs répondent des dettes, sans que la femme puisse soustraire son apport à cette obligation.

Au cas de dissolution, lorsqu'il y a des enfants, le droit franc connaît une institution propre qui est le Verfangenschaftrecht dont nous verrons les détails plus loin (2).

Ce système particulier au droit franc apparaît déjà, contrairement à la théorie ancienne, dans les sources du XIIe siècle. Et ses éléments se trouvent déjà très clairement dans le Schwabenspiegel dont nous avons établi plus haut les règles (3).

Le Gesammte Hand entre époux existe indiscutablement dans les régions du Bas-Rhin (4) et le droit de Fribourg en Brisgau semblerait prouver qu'elle a existé à Cologne (5).

(1) *Gütervereinigung*, dit Beseler. *Syst.* II, § 136. — Dans un certain sens, il est exact de dire que la communauté dérive du système de la Verwaltungsgemeinschaft, puisqu'elle n'est qu'une modification des principes des Volksrechte qui reposaient sur ce système. — Cf. Schrœder : *Zeitschr. f. Rechtsgesch.*, X, 1872, p. 429.

(2) *Infra*, p. 156.

(3) *Supra*, p. 138, note 2. Voy. les détails dans Roth *Bekker's u. Muther'sJahrb.* 1859, III, p. 318 et *Zeitschr. f. vergleich. Rechtswiss*, I, 1878, p. 57. — Cf. Bluntschli, *Zürische Rechtsgesch*, I, p. 284. — Schrœder, op. cit., 2e partie.

(4) Cf. *infra*, Julich et Berg., p. 171.

(5) Cf. Euler : op. cit., § 13. Cet auteur le démontre, en s'appuyant sur diverses sources anciennes de la ville de Cologne, dans lesquelles

Pour les régions du Rhin moyen (Mittelrhein) les sources très anciennes, plus rares, ne permettent pas d'établir aussi clairement le régime de l'époque primitive. Mais dans le droit postérieur on trouve de nombreuses traces du système de la Gesammte Hand à Worms (Privilèges de 1114 et 1180) à Spire (Sources de 1300), à Landau (Statut de 1526), à Wimpfen (Reformation de 1544) (1), à Saarbrück (Landrecht de 1321) (2).

Dans le Haut Rhin (Oberrhein) le système de la Gesammte Hand est resté profondément enraciné dans les régions du Würtemberg (contrée dont la plus grande partie de la population est d'origine franque). Les droits badois sont d'origine plus tardive et se ressentent de l'influence du droit romain (3).

Dans la Franconie orientale (Ostfranken) c'est le régime de Francfort qui domine, et l'on trouve en de nombreux endroits des preuves particulières de l'existence de la Gesammte Hand (4).

Pour le Rheingau, de nombreuses sources nous montrent

se trouvent des phrases se rapportant au système de la Gesammte Hand ; il se base en outre sur ce fait important que dans le droit de la ville de Fribourg en Brisgau, établi, c'est un fait connu, sur le modèle de celui de Cologne, ainsi que dans les droits des autres villes fondées par les Zæhringer (Berne, Fribourg en Uetchaland), le régime de la Gesammte Hand a existé jusqu'à l'apparition des nouveaux principes de 1522. Cf. *idem*. Roth : *Bay. Civilr.*, I, § 54. — Sandhaas, op. cit., § 13. — Eichhorn : op. cit., III, p. 424, note C. — Pour Cologne et ses Tochterrechte : cf. Schrœder : 2e partie, 1re et 2e sections, cf. *contra* E. Huber : *Historiche Grundlage des ehelich. Güterrechts der Berner Handfeste, Basler Universitætsfestschrift*, 1884.

(1) Le nouveau Stadtrecht de 1775 a même conservé la communauté universelle et parle encore de « Gesammte » et de « Gebrochene Hand ».

(2) Pour toute la Bavière Rhénane, cf. Roth *Bayerisch. Civilrecht*.

(3) Cf. *Landrecht* du Comté de Bade et Hochberg.

(4) Ainsi à Wetzlar, Friedberg.

les époux se trouvant « *in gemein Gedeih und Verderb* » (1). Dans une grande partie de la Hesse et dans la région de Thuringe qui en fait partie c'est le droit franc qui règne sans conteste (2). Mais ici le développement n'a pas été poussé jusqu'au point de la communauté universelle ; par suite de l'influence du droit romain le régime des biens entre époux resta toujours la communauté d'acquêts (3).

Enfin il faut citer surtout Francfort et dans le Oberhofbezirk de cette ville, Wurzburg.

En Alsace, le système de la Gesammte Hand se retrouve dans certaines villes dont le droit s'est formé sur le modèle de Cologne ; les deux principales sont Colmar et Haguenau. Mais pour cette dernière, le caractère franc du régime des biens biens entre époux ne peut se déterminer avec autant de précision que pour Colmar ; et peut-être même ne faut-il pas l'y reconnaître dans cette ville (4).

Enfin le régime de la communauté entre époux d'origine franque se serait étendu dans les régions saxonnes jusqu'en Ostphalie (5).

5° Les causes qui ont permis au droit franc de se développer aussi uniformément dans une sphère particulière sont de plusieurs sortes, et il faut noter tout d'abord ce fait qu'à une certaine époque les femmes se trouvèrent placées sur le même rang que les hommmes au point de vue du droit de succession.

Dans le premier fondement de la communauté en Alle-

(1) Bodmann : *Rheingauische Alterthümer*, p. 506, 645, 670.

(2) Cf. de nombreux *Berichte* des années 1490 à 1500.

(3) Cf. Gareis : Die *Errungenschaftsgemeinschaft in den althessischen Gebietstheilen der Provinz Oberhessen*. — Schrœder : *Gesch. des ehel. Güterrechts*, 2e partie, 3e section.

(4) Les villes de Hagenbach, Reischoffen, Selz et Sultz, ont adopté le droit de Haguenau. — Dattenrieb, Kaisersberg, Georgienthal, Thuringtheim, suivent celui de Colmar. — Cf. Roth : *Zeitsch. f. Vergleich. Rechtswiss.*, I, 1878, p. 49.

(5) Hænel : op. cit., §§ 2 et ss. — Schrœder : op. cit., 2e partie, 3. §§ 8 et ss.

magne, c'est-à-dire dans la communauté d'acquêts née elle-même d'un simple droit de veuve de la femme, et qui existe déjà légalement au IXe siècle, il y a à la dissolution un partage inégal, entre le mari et la femme, de cette masse de biens (1). Lorsque la préséance des mâles disparut en matière de succession, il n'y eut plus de raisons pour attribuer au mari une part supérieure ; grâce à ce fait, on voit agir efficacement cette tendance qui poussa les Francs à placer autant que possible les époux dans la situation de deux associés égaux et en même temps l'ancienne communauté s'étend jusqu'à la forme de la communauté universelle (2).

Un fait juridique important qui facilite ce développement est la disparition des entraves qu'apportait à l'aliénation des immeubles le Beispruchsrecht des héritiers (3). Dans certaines régions, ce Beispruchsrecht fonda le Retractrecht. Mais dans les pays francs, l'institution prit une autre direction : le droit des héritiers ne disparaît pas ; le cercle des ayants-droit est simplement restreint ; sous le terme d'héritiers on ne comprend plus que les *enfants* du propriétaire de l'immeuble ; eux seuls ont le *Widerspruchsrecht* ou droit d'opposition (4). Seulement, comme l'époux survivant avait toujours droit à la dissolution, à la propriété ou à l'usufruit des immeubles compris dans la masse, le mari et la femme se trouvaient avoir, durant le mariage, l'un vis-à-vis

(1) Cf. Roth : *Bayerisch. Civilr.*, I. § 74.

(2) Au moyen-âge, en effet, la construction juridique de la situation patrimoniale des époux repose en Allemagne sur deux bases differentes : il y a l'idée de la tutelle du mari, et l'idée d'une société entre les époux. Dans le droit franc, l'élément qui domine est l'idée d'une société conjugale. — Cf. *Stadtrecht de Fribourg en Brisgan de 1220*, § 12. « *Omnis mulier viro parificabitur* ». On rencontre souvent les expressions « *Leib an Leib, Gut an Gut* », « *Mann und Weib sind ein Leib* » pour exprimer cette union des deux époux. Cf. Schrœder, op. cit , 2e partie, 2e section, § I. — 3e section, chap. I.

(3) Cf. *supra*, chap I, pp. 14 et ss.

(4) Là se trouve l'origine de l'expression « *beerbte Ehe* » employée lorsqu'il se trouve à la dissolution des enfants nés du mariage ; on dit, au cas contraire, « *unbeerbte Ehe* ». Cf. Schwarz : op. cit., § 4.

de l'autre, un certain pouvoir lorsqu'il s'agissait d'aliéner un de ces immeubles : et comme ayant-droit à venir, à chacun d'eux était accordé, pendant l'union conjugale, un Widerspruchsrecht contre l'aliénation accomplie par l'autre.

Par suite, tant que le mariage dure, le droit des enfants se trouve être sans force, et il n'apparaît que lorsqu'il ne reste plus qu'un seul époux, pour devenir le Verfangenschaftsrecht.

Cette disparition du Beispruchsrecht a une autre influence ; plus libres dans leur droit de disposer de certains biens, les époux ont dorénavant la facilité, au moment de la conclusion du mariage, de se faire des donations mutuelles d'immeubles à cause de mort de plus en plus importantes : jusque-là les entraves apportées par le Beispruchsrecht des héritiers en cas d'aliénation, rendaient ces donations beaucoup moins aisées (1) Ces libéralités, que le droit franc connaît déjà sous le nom de « *adfatimus* » ou « *affatomies* » (2), deviennent par suite plus fréquentes ; et là se trouve l'origine de cette coutume qu'au cas où à la dissolution il n'y a pas d'enfants, le survivant recueille le patrimoine immobilier du défunt, sinon en propriété, du moins en usufruit, et qu'au cas où il y a des enfants, le survivant a toujours l'usufruit de ces biens.

Ce nouveau droit du survivant, au cas de dissolution, entraîne déjà des effets pendant le mariage lui-même : le mari ne peut plus aliéner aucun immeuble sans le consentement de sa femme ; il a toujours son droit d'administration ; mais de même que dans le très ancien droit, la femme se trouvait pouvoir imposer son consentement en vertu de son Morgengabe (3), par suite du nouveau droit que la coutume

(1) Cf Eichhorn : Op. cit., § 451. — Stobbe : *Handbuch*, IV, § 221. Schrœder : Op. cit., 2ᵉ partie 2°, § 18.

(2) *Lex Salica*, 46. — *Lex Rip.*, 48, 49. — Cf. pour des détails Schrœder : Op. cit., 1ʳᵉ partie, p. 158 ; 2° p. 48. — Beseler : *System*, p. 553. — Sandhaas : Op. cit., p. 106.

(3) *Supra*, chap. II, p. 124.

accordait à l'épouse sur les immeubles du mari, ce dernier, en tant qu'il ne s'était pas réservé comme propre une part de ces immeubles, ne pouvait plus les aliéner sans le concours de la femme (1). Il en était de même réciproquement de la femme en vertu surtout du droit d'administration du mari.

Ainsi on arrive à ce résultat que, pendant le mariage. aucun des époux ne pouvait aliéner un immeuble sans le consentement de l'autre.

La femme se trouve en effet toujours soumise au mundium du mari, qui dirige le patrimoine commun et qui peut disposer librement des meubles qui en font partie (2). Mais quant aux immeubles, le droit franc établit cette règle fondamentale que pendant le mariage, aucun des conjoints ne pouvait procéder à l'aliénation d'un immeuble sans le concours de l'autre : la plupart du temps, les deux époux sont représentés comme agissant ensemble, et les sources disent que l'aliénation est faite « *mit Gesammter Hand, besammter Hand, communicata, coadunata manu* ». Mais souvent aussi on voit le mari disposer seul ou assisté d'un tiers qui représente la femme ; on voit également l'un des deux époux, soit le mari, soit la femme, mais plus fréquemment le mari, agir seul, et l'autre époux donner simplement son consentement (3).

(1) Cf. Dunker : *Das Gesammteigenthum*, pp. 55, 56, 229.

(2) C'est une règle commune à tous les droits francs. — Cf. Roth : *Bayer. Civilrecht*, I, § 54. — Schrœder : 2e partie, 2e p. 18. — Schwartz : op. cit., § 4.

(3) Cf. Roth : *Zeitschr. f. Vergl. Rechtswiss.*, I, 1878, p. 70. — *Bekker's u. Muther's Iahrb*, III, 1850, § 1. — Schrœder : op. cit., 2e partie, 2e p. 27. — Ce principe fondamental de l'action mit Gesammter Hand se déduit déjà au XIIIe siècle pour Cologne, où il existe pour tous les immeubles, qu'ils constituent des acquêts, ou qu'ils proviennent du mari ou de la femme. Dans les sources du Bas-Rhin, on peut suivre ce système, en remontant, jusqu'au XIe siècle. Cf. Schrœder : 2e partie, 2e pp. 15, 16, 20 et note 4.

Il ne faut pas voir une contradiction à ce principe dans ce fait que certains droits francs (particulièrement à Cologne et ses Tochter-

C'est en vertu de ce principe de l'action commune que l'on désigne l'ensemble du régime des biens entre époux du droit franc sous le nom de Gesammte Hand. Il repose en effet sur ce fondement que pendant le mariage aucun des époux ne peut, sans le concours de l'autre, aliéner un immeuble ou tout autre bien assimilé.

Ce système propre aux législations franques se trouve particulièrement bien établi dans les droits de cette époque de Francfort-sur-Main, de Nuremberg, de Wurzburg, de Mayence, de Worms, de la Hesse et du Bas-Rhin. dont les villes de Julich et de Berg sont les représentants princi-

rechte), on trouve postérieurement, pour le mari. le droit de disposer seul, et sans le consentement de la femme. des immeubles compris dans la masse conjugale. Roth, qui avait d'abord vu dans cette extension du pouvoir du mari un affaiblissement postérieur de l'état originaire du droit franc, revient (*Zeitschr. f. vergl. Rechtswissenschaft*, I, 1878, pp. 71 et 72) avec Schrœder (qui a remarqué que cette règle existait déjà au XIIe siècle) à cette idée que ce pouvoir était uniquement le résultat d'un principe d'unification. La propriété caractéristique de la Gesamme Hand est que les droits de propriété des deux époux sur leurs apports sont mis tout à fait au dernier plan : les deux patrimoines sont traités comme une seule masse d'après des règles uniformes ; et ce principe d'unification se traduit par ce fait, tantôt que le mari, pour disposer d'un immeuble, doit recourir au concours personnel de la femme, tantôt au contraire qu'il représente la femme pour ce cas, c'est-à-dire qu'il agit seul comme représentant de la communauté. C'est grâce à sa puissance de chef du ménage (*Herrschaftsmacht*) qu'il a le droit de représenter seul à l'extérieur la société conjugale. (Cf. Schrœder : op. cit., 2e partie. 2°, p. 16 et note 19) — Mais par ce fait qu'il agit comme représentant de la communauté, il ne doit user de son droit que dans l'intérêt exclusif de celle-ci ; de là certaines limitations que nous rencontrerons imposées à son pouvoir de chef (cf. Beseler : *System*, II, p. 434. — Roth : *Bayer. Civilr.*, I, § 74. — Stobbe : *Handbuch*, IV, §§ 221, 237).

Ce droit du mari sur le patrimoine commun, tel qu'il résulte de la Gütergemeinschaft du droit franc, est en contraste frappant avec le système de la Verwaltungsgemeinschaft, dans lequel le mari agit en vertu d'un droit propre, et non comme représentant de la communauté. (Cf. cependant ce qui a été dit plus haut à ce sujet. *Supra*, chap. II, pp. 135 et 136.)

paux (1). Et il faut reconnaître l'existence de ces principes, surtout dans les régions où, à la dissolution du mariage, la femme survivante a un droit soit d'usufruit, soit de propriété sur les immeubles du mari ; car c'est dans ce droit que se trouve l'origine, le fondement de ce régime des biens (2).

Dans ce régime, les apports de chacun des époux se confondent si intimement dans la masse qu'ils forment, que tout souvenir de leur origine première se perd ; ce n'est plus ici l'origine de ces biens qui, comme dans le Sachsenspiegel, trace une démarcation dans les droits du mari ; il y a dans notre cas une toute autre règle de distinction ; la masse commune ne se décompose plus en biens du mari et biens de la femme : il n'y a plus que des meubles et des immeubles, et c'est la nature des éléments du patrimoine conjugal qui détermine les pouvoirs du mari : ici il dispose librement des meubles, et ne peut aliéner les immeubles que mit Gesammter Hand, tandis qu'au temps des Volksrechte, et encore dans le système de la Gütereinheit, il disposait librement de son patrimoine propre, et ne se trouvait limité dans son droit que sur les biens de la femme.

On conçoit aisément maintenant comment a pu se former cette idée que les deux patrimoines des époux ne constituaient plus pendant le mariage qu'une seule masse dans laquelle les différents biens ne se distinguaient plus les uns des autres en raison de leur origine. Le patrimoine commun des époux apparaît maintenant, *même à l'intérieur*, comme une unité : aussi les acquêts ne se séparent-ils plus des apports des époux. L'actif et le passif de chacun des conjoints ainsi que les conquêts forment une seule masse (*Stammgut* ou *Samende*), une universalité juridique distincte dont les époux dans leur union représentent le sujet, qui appartient

(1) Cf. *infra* chap. II, Francfort, p. 162. Nuremberg, p. 168. Wurzburg, p. 185.

(2) Schwarz : op. cit., § 4. — Cf. *supra*, chap. II, pp. 124 et 129.

au mari et à la femme en main commune et « *auf gemeinsamen Gedeih und Verderb* (1). »

Cette unité interne du patrimoine, caractéristique de la communauté conjugale des droits francs, se rencontre dans toutes les législations du moyen-âge sans exception, et elle est même expressément mentionnée à Cologne (2), à Coburg et dans les villes de Wurtemberg (3). On la trouve particulièrement établie aussi dans les droits belges dont le principal représentant est celui de la ville de Liège (*Lüttich*).

6· De l'actif, l'unité patrimoniale étend son influence sur le passif ; tandis qu'auparavant chacun des patrimoines des époux était tenu des dettes qui lui étaient afférentes, toutes les dettes de certaine nature portent sur le Stammgut (4).

(1) Stobbe : *Handbuch*, IV, §§ 221, 237. — Giercke : *Genossenschaftsrescht*, II, p. 933. — Schrœder : op. cit., 2e partie, p 2, 4, 173. — Bescler : *System*, II, § 140. — Eichhorn : op. cit , III, § 451. — Bluntschli : *Deutsch. Privatr* , § 151. — Schwarz : op. cit., § 4, cf. *infra*. chap. II. p. 193, les droits particuliers de la femme en cas d'empêchement du mari.

(2) L'idée d'un Gesammteig nthum se trouve très clairement exprimée dans le Stadtrecht de 1437. Cf. Eichhorn : op. cit., III, p. 424, note E

(3) Dans cette région le droit coutumier n'a été érigé en Landrecht qu'à une époque tardive, en 1552.

(4) D'après les principes du très vieux droit germanique, tout successeur n'était tenu du paiement des dettes que jusqu'à concurrence de la valeur du mobilier ; les immeubles ou Eigen n'étaient pas affectés aux dettes.

C'était là une conséquence du principe primitif de la propriété collective du sol : les meubles seuls se trouvaient former le patrimoine de l'individu, qui ne pouvait, en dehors de ces biens, sans le consentement de ses communistes, affecter à ses dettes les biens qui n'étaient pas sa propriété exclusive. Cf. *infra*, chap. III p. 255, chap. IV, p. 342.

A la dissolution le mari était tenu de toutes les charges portant sur les biens compris dans la masse dont il avait l'administration ; lui seul pouvait grever le patrimoine de dettes, et il n'était obligé de reconnaître aucun acte accompli par sa femme en dehors de ses droits. La veuve, au contraire, ne payait que les dettes qu'elle avait

Il y a une communauté complète des dettes, sans considération pour l'époque de leur naissance ; les dettes antérieures de chaque époux portent sur le bien commun et on ne trouve même pas d'exception pour les délits de la femme. Cependant le patrimoine conjugal ne répond pas des dettes que la femme a contractées au delà de sa « *competenz* ». La femme en effet dans son droit soit de disposer des biens de la masse, soit de les grever de dettes, se heurte au pouvoir principal du mari ; sa capacité se trouve limitée aux actes que rend nécessaires la direction intérieure du ménage, de la maison aux « *Haushaltungsgeschæfte* ». En dehors de ces bornes elle ne peut contracter sans le consentement du mari et elle n'oblige ni les biens conjugaux, ni le mari, et ses créanciers ne peuvent s'attaquer qu'à elle et ne peuvent poursuivre que ses biens personnels si elle en a (1).

Par contre la femme se trouve tenue des dettes contractées par le mari seul. Le mari a un droit de disposition unitaire et peut par cette raison obliger le Stammgut et personnellement la femme par les dettes qu'il contracte.

Dans tous les droits francs règne cette maxime « *Die dem Manne trauet trauet auch den Schulden* » : l'obligation de la femme y est poussée jusqu'à l'obligation personnelle en général, et à la dissolution du mariage, pour se libérer de cette charge et soustraire à ses créanciers du Stammgut les biens et les droits qui lui échoient postérieurement au mariage, elle doit renoncer au bien commun ; c'est un droit qui lui est accordé

contractées personnellement ; elle n'était pas tenue des obligations assumées par son mari défunt et elle retirait intact de la masse son patrimoine immobilier.

Lorsque le système franc se développa, il changea aussi les règles de l'obligation des époux ; tandis que la situation du mari survivant reste presque la même, en vertu de l'idée d'association qui domine dans ce droit, la femme fut de plus en plus amenée à contribuer aux dettes du mariage. Et on arriva pour la soustraire à cette obligation, à exiger d'elle un renonciation formelle au patrimoine tout entier. (Cf. *infra*, p. 154.)

(1) Cf. Roth : *Zeitsch. f. Vergleich. Rechtswiss*, I, 1878, p. 73.

de se décharger ainsi, et ce droit s'appelle le « *Schlüsselrecht* » ou « *Mantelrecht* », nom qui vient de la forme symbolique dans laquelle se fait cette renonciation : la femme doit déposer sur le tombeau du mari ses clefs ou sa bourse, ou bien dans certaines régions, elle doit manifester son intention en ne rentrant pas, après la cérémonie funèbre, dans la demeure conjugale (1). Cette faveur accordée à la femme vient de ce que son obligation est la résultante de l'union inséparable qui existe entre son patrimoine et celui du mari (2).

Il est inutile de remarquer que le mari est obligé personnellement par les obligations qu'il contracte, et qu'il ne peut s'en libérer en aucune façon. (3).

On a pendant longtemps rapporté ce fait que le patrimoine de la femme se trouve tenu des dettes contractées par le mari, ainsi que le droit de disposition de ce dernier sur le Gesammgut, au mundium marital. Mais la nouvelle doctrine a montré que l'un aussi peu que l'autre découlent de cette idée de tutelle (4). Le fondement de ces pouvoirs du mari doit être ramené au principe de l'unité patrimoniale existant dans la communauté entre époux ; il se trouve, dans cette circonstance, que pendant la durée du mariage aucun des époux n'a plus la propriété exclusive de son patrimoine, que les

(1) Beseler : *Syst.*, II, § 140. — Stobbe : *Handbuch*, IV, § 221. — Schrœder : op. cit., 2e partie, 1re section, chap. 4.

(2) Cf. Schwarz : op. cit., § 4.

(3) On a discuté en Allemagne la question de savoir si au Moyen âge déjà, en vertu de cette unité patrimoniale, on peut admettre une communauté zu Gezammter Hand même pendant la durée du mariage, ou si la plupart du temps il n'y a une communauté que pour le simple cas de dissolution (Gütergemeinschaft von Todeswegen). Voyez sur cette question Stobbe : *Handbuch*, IV, § 224 ; quoique les sources ne soient pas très claires à ce sujet, on semble être d'accord pour admettre une communauté zu Gesammter Hand pendant la vie des époux déjà, lorsque en vertu de leur situation quant au patrimoine commun, ces derniers se trouvent être « *auf gemeinsamen Gedeih und Verderb* ».

(4) Kraut : op. cit., II, p. 518 et s.

deux patrimoines dans leur confusion sont indivis entre le mari et la femme; comme le patrimoine de l'un des époux ne peut plus être séparé de celui de l'autre, les dettes contractées par l'un des conjoints dans la limite de ses pouvoirs atteignent forcément le patrimoine de l'autre, qui se trouve étroitement lié à celui du premier; la preuve que cette seule confusion des deux patrimoines est la véritable raison de cette conséquence, c'est que les propres, qui se trouvent en dehors de la masse, sont également soustraits à cette obligation aux dettes (1).

Le principe de la Gesammte Hand n'exclut pas ce pouvoir supérieur du mari de disposer ou de contracter des dettes (2). Ce qui ne s'allierait pas à la conception de la copropriété en main commune c'est l'idée d'une tutelle du mari, et encore moins la pensée d'une propriété exclusive du mari sur le bien commun. Il y a en effet une communauté de propriété des deux conjoints; les deux époux apparaissent dans tous les droits francs de cette époque comme deux associés égaux, et ils sont dans une situation juridique égale par rapport à l'universalité patrimoniale formée par l'union de leurs biens; chacun d'eux, en principe, a des droits égaux sur cette entité juridique. Mais en fait, et au-dessus des deux époux, il y a un pouvoir marital, en ce sens que le mari dispose seul des biens, réunis en une seule masse, comme chef du ménage et représentant de la société conjugale; ce pouvoir du mari est

(1) Le droit de Cologne est très clair en ce sens. Les dettes du mari portent dans tous les cas sur la masse commune « *die weil sie bei einander als Eh-leut sitzen gerast und geruth unverscheiden und ungetheilt* » art. 37 Au contraire, dans le cas où « *Mann und Weib zusammen sitzen als Eheleut, da dann der Mann sein besonder Kauffmanschafft treibt un handthiert, dessgleichen das Weib und jedes sein Gut besonder hat* », les dettes « *die sie samptlich machen, müssen sie auch samplich bezahlen; machen sie aber jrer eins besonder Schuld, es were der Mann oder die Frau, so sollen sie die auch besonder bezahlen* ». — Kraut : op. cit., II, p. 154, cf. Schwarz : op. cit., § 4.

(2) Cf. *supra*, chap. I, p. 57 et chap. II, p. 149 et note 3.

une simple « *Herrschaft* » et ses droits ne sont que la résultante de cette situation de chef de la famille (1).

7° A la dissolution du mariage, tous les droits francs adoptent des règles différentes suivant qu'il y a des enfants issus de l'union conjugale (*beerbte Ehe*) ou qu'il n'y en a pas (*unbeerbte Ehe*) (2). Mais dans les deux cas il est essentiel de remarquer que le principe établi plus haut d'une unité externe et interne du patrimoine conjugal, n'est pas troublé, et conserve toute sa vigueur.

En effet, au cas où il y a des enfants, l'ensemble du patrimoine, sans qu'un partage intervienne, est recueilli par le survivant ; mais on retrouve ici cet autre principe du droit franc, que dans la masse commune, les biens, dont l'origine n'a pas laissé de souvenir, se divisent en deux catégories, meubles et immeubles, et sur chacune d'elles, le survivant a des droits difiérents.

Le survivant en général recueille en pleine propriété l'ensemble des meubles. Il a aussi la possession des immeubles, mais ici son droit sur ces biens prend une physionomie particulière ; le Widerspruchsrecht des héritiers transformé en Verfangenschaftsrecht des enfants (3) ne lui permet plus d'aliéner librement aucune partie de ce patrimoine immobilier sans le consentement de ceux-ci. Le droit du survivant se compose donc exclusivement de la possession et de la jouissance de ces biens ; il n'y a d'exception à cette restriction à son pouvoir qu'au cas de nécessité absolue. (*Echte Noth*) (4).

Lorsque l'époux survivant meurt, la pleine et libre propriété de ces immeubles retourne aux enfants.

(1) Cf. Heusler : *Inst.* II, §§ 149, 153. Cf. *infra* Fribourg-en-Brisgau, chap. II, p. 169 et *infra*, chap. IV, pp. 356, 367 et 406.

(2) Sur le sens de ces expressions, cf. *supra* p. 147. Note 4.

(3) Cf. *supra* p. 147.

(4) Cf. Schwarz : op. cit., § 5. — Roth : *Bayer. Civilrecht.*, II, § 74. — Sandhaas : op. cit., § 27. — Stobbe : *Handbuch*, IV, § 225. — Schrœder : op. cit., 2e partie, 2e section, p. 182. — Roth : *Bekkers's u. Muther's Iahrb.*, III, 1859, § 1.

Les auteurs allemands rapportent la naissance de cette institution aux contrats qui au moment de la conclusion du mariage accordaient à l'origine à la femme survivante un droit d'usufruit sur les immeubles du mari (*Leibzuchtsvertræge*) ; de même que la communauté zu Gesammter Hand serait née du Morgengabe conventionnel (1), le système du Verfangenschaftsrecht serait dérivé de l'usufruit contractuel. Cette coutume, qui s'érige en un droit légal pour la femme au XIIe siècle déjà, forme le système propre aux droits francs pour le cas où des enfants sont nés du mariage, et l'institution s'étend peu à peu partout. Le Verfangenschaftsrecht jusqu'au XIVe siècle semble être le seul régime que l'on rencontre dans toutes les contrées franques. Et dans les régions des Francs de l'Ouest et du centre (Hesse, Wurtemberg, Souabe et Alsace) on le trouve encore en vigueur à l'époque de la renaissance et de l'influence du droit romain (2).

Chez les Francs orientaux, au contraire, l'institution a changé, et à cette époque postérieure on trouve le système du Theilrecht ou Grundtheilrecht avec au cas de second mariage la règle de l'*Einkindschaft* légale à partir du XVIe siècle (3). Cette seconde direction concorde avec la première en ceci que toutes deux aboutissent à un partage de tout le patrimoine conjugal entre le survivant et les enfants. Le principe d'après lequel se fait le partage est seul différent ; tandis que dans le système du Verfangenschaftsrecht on partage la masse d'après une certaine catégorie de biens, c'est-à-dire en meubles d'une part, et immeubles d'une autre, le système du Theilrecht la divise d'après des quotes-parts déterminées, sans faire de distinction entre les différentes classes de biens.

(1) *Supra*, chap. II, p. 124.

(2) Bamberg, Francfort-sur-Main, Spire, Landau, Berg, Julich, Cologne, La Hesse, Wurtemberg, Fribourg-en-Brisgau, en Alsace principalement à Schlettsadt et à Colmar. — Cf. Schwarz : op. cit., § 5. — Sandhaas : op. cit., § 25. — Euler : *Das Cœlner Recht und die Gesammte Hand in Elsass.*, dans *Zeitschr f. deutsches Recht*, V. I, p. 80.

(3) Sur l'Einkindschaft cf. *infra*, chap. II, p. 160.

Dans ces deux régimes le partage (qui a lieu soit par têtes soit par toute autre quotité) se présente toujours comme définitif, comme « *Grundtheilung* », c'est-à-dire que la part que recueillent les enfants ne représente pas seulement leurs droits dans la succession du prédécédé, mais les exclut même de la succession du survivant qui se serait remarié (1).

Nous ne verrons ici que les détails relatifs au Verfangenschaftsrecht ; car c'est le véritable système franc, le seul que l'on trouve dans les origines à la base de tous les droits.

Cette restriction que le droit des enfants impose au pouvoir de disposition du survivant sur le patrimoine immobilier est la base de l'institution. Il ne faudrait d'ailleurs pas séparer ici le patrimoine immobilier du défunt de celui du survivant, et dire que ce dernier est pleinement propriétaire du sien, tandis que son droit se trouve restreint quant aux biens immobiliers de l'autre. Le survivant, mari ou femme, se trouve dans la même situation juridique vis-à-vis du tout inséparable qui résulte de l'union des biens des deux époux (2).

Mais comment doit-on définir le droit du survivant sur le patrimoine immobilier : est-ce un usufruit, ou bien est-ce un droit de propriété limité ?

Quelques droits très rares adoptent cette dernière idée et disent que le survivant est propriétaire « *mit Beschrænkung durch das Wartrecht der Kinder* ». Ces cas sont d'ailleurs exceptionnels : la plupart des autres législations donnent au survivant la qualité d'usufruitier, et aux enfants celle de propriétaires (3).

(1) Wurtemberg Würzburg, Wimpfen. A partir du xve siècle à Erbach, Bamberg, Coburg. Cf. Sandhaas : op. cit., § 25. Roth : *Bayerisch. Civilrecht*. § 74. Cf. *infra*, chap. II, pp. 179 et ss.

(2) Cette distinction se trouve pourtant faite dans le droit postérieur de Francfort-sur-Main qui, après avoir suivi les règles du plus ancien droit, ne considère comme « *verfangen* » aux enfants, dans la Reformation de 1509, que les immeubles du défunt. Cf. Schwarz : op. cit., § 5.

(3) Le droit de Liège, en parlant des enfants, dit : « *les propriétai-*

C'est au cas surtout où le survivant contracte un second mariage que le Verfangenschaftsrech acquiert sa plus grande influence, particulièrement à raison des règles qui déterminent la situation du survivant, ainsi que celle des enfants issus du premier mariage à l'égard de ceux issus du second.

Dans le cas où il se remarie, le survivant n'est pas obligé, en général, de partager avec ses enfants le patrimoine recueilli concurremment avec eux ; la situation reste dans ce cas à peu près la même cependant avec quelques changements ; en premier lieu, le survivant remarié ne peut plus aliéner les immeubles qui proviennent du premier mariage, même en cas de nécessité. Et à sa mort il faut distinguer entre les enfants du premier et du second lit, et aussi entre les meubles, d'une part, et les immeubles provenant de chaque mariage de l'autre. Les enfants du premier mariage recueillent exclusivement les immeubles qui leur étaient réservés (verfangen) tandis que les autres enfants recueillent les immeubles provenant du cond mariage ainsi que tous les meubles (1). Par suite de ces règles, les enfants du premier lit, suivant que le patrimoine de la première union se composait plus particulièrement d'immeubles que de meubles, se trouvaient favorisés au détriment des enfants du second lit, exclus de la succession à ces immeubles, et inversement au cas contraire.

Pour remédier à cet inconvénient, dans la plupart des régions franques on eut recours au remède de l' « *Einkinds-*

res coustumiers » et en parlant du survivant « *le parent usufruitaire* ». Ce droit d'usufruit n'est d'ailleurs pas aussi étroit que celui du droit romain. Cf. Schwarz op., cit § 5, et *supra*, p. 121, note 3.

On trouve différentes expressions pour désigner le droit des enfants à l'égard du patrimoine recueilli : dans le Kleiner Kaiserrecht il est dit que les enfants sont « *geerbet* » à Francfort le patrimoine est « *gebunden, auferstorben* » aux enfants — à Bamberg les enfants ont un droit de « Wart ». Dans les droits de Wurtemberg et de Bade, les immeubles leur sont « *verfangen* » et à Schlettstadt « *versicherungsweise anerstorben* ».

(1) Cf. Roth : *Bayerisch. Civilr.*, I, § 74.

chaftsberedung » (1). Par ces Einkindschaftsberedungen d'une part, on régularisa les situations inégales des enfants issus des différents lits, et, d'autre part, on rendit à l'époux survivant le droit de pouvoir disposer des immeubles du premier mariage au moins au cas de nécessité.

Les Einkindschaften apparaissent, en général, sous la forme d'un contrat qui n'était valable que s'il était conclu avec le consentement des enfants du premier mariage, car il s'agissait d'un acte de disposition sur le patrimoine qui leur était réservé : les enfants du premier lit renonçaient à leur droit exclusif sur ces immeubles du premier mariage pour acquérir le même droit que les enfants du second lit sur les meubles ; les biens « *verfangen* » rentraient dans la masse commune formant le patrimoine conjugal des nouveaux époux, qui, par suite, obtenaient sur ceux-ci les droits qui leur appartenaient sur tous les biens en général (2).

8° Lorsqu'il n'y a pas d'enfants à la dissolution du mariage, d'après quelques droits francs, le survivant recueille tout le patrimoine commun et a sur ce dernier un libre droit de disposition. Mais ce régime est presque exclusif aux légis-

(1) Nous traitons ici de cette règle de l' « Einkindschaft » qui n'apparaît que dans les environs du XVI° siècle à cause de son lien avec le Verfangenschaftsrecht. — Les Einkindschaften sont propres au droit franc ; le fait qu'on les rencontre dans quelques régions saxonnes s'explique par ceci qu'à une certaine époque l'Einkindschaft devint une règle générale dans tous les cas où il y avait communauté de biens entre époux. — Cf. Euler : *Güter u. Erbrecht zu Frankf.* a M. bis 1509, § 12.

(2) Beseler (*System* II, § 143) admet que le principe de l'Einkindschaft crée entre les enfants du premier lit et le nouvel époux une situation juridique semblable à celle qui existait entre les parents du premier mariage et leurs enfants ; l'institution de la Gesammte Hand, troublée par le Verfangenschaftsrecht, pouvait donc être de nouveau rétablie grâce à l'Einkinschaft. — Euler (op. ci. § 12) va plus loin et affirme que c'était là la suite nécessaire de l'Einkindschaft, qui rétablissait la situation primitive des membre de la famille, comme s'il n'y avait pas eu Verfangenschaftsrecht et second mariage.

lations des Francs de l'Est (1). Dans les autres régions règne le principe d'un partage qui se fait de deux façons différentes :

1° Tantôt le survivant, en plus de ses apports immobiliers, recueille tous les meubles et tous les acquêts immobiliers ; il n'a que l'usufruit des immeubles du défunt (2).

2° Tantôt il ne recueille en plus de ses apports immobiliers et des meubles, que sa part des acquêts, et il n'a droit qu'à l'usufruit des immeubles du défunt et des acquêts immobiliers compris dans la part de ce dernier. Cette part dans les conquêts immeubles est en général de la moitié (3) ; mais dans certains droits du Haut-Rhin (4), elle n'est que du tiers pour la femme (*Spindel* ou *Kunkeltheil*), tandis qu'elle comprend les deux tiers pour le mari (*Schwerttheil*). On peut donc constater ici encore, quels que soient les droits de l'époux survivant, que le principe de l'unité patrimoniale subsiste toujours, car il n'y a, en réalité, pas de partage effectif, et l'ensemble du patrimoine est toujours dans sa main, que le conjoint soit propriétaire du tout, ou d'une partie seulement ; et dans ce cas on retrouve toujours cette distinction frappante du droit franc entre les meubles et les immeubles.

Dans les deux cas, c'est-à-dire qu'il y ait des enfants ou qu'il n'y ait pas d'enfants issus de l'union conjugale, à la mort de l'un des époux, toutes les dettes qui durant le mariage étaient à la charge du Gesammtgut (5), doivent être payées par cette universalité.

(1) On trouve cette forme dans quelques droits de Hesse, dans le droit de Wurtemberg, à Bamberg, Fribourg-en-Brisgau, Liège. — Cf. Schwarz : op. cit., § 5. — Sandhaas : op. cit., § 13. — Schrœder : 2e partie, 2e sect., §§ 7 et ss.

(2) Hesse, Wurtemberg, Francfort-sur-Main, Ingelheim, Wetzlar.

(3) Clève, Berg, Julich, Cologne. — Cf. Schwarz : op. cit., § 6. — Sandhaas : op. cit. § 13.

(4) Spire, Landau.

(5) C'est-à-dire : 1° les dettes antérieures des deux époux ; 2° toutes les dettes contractées par le mari ; 3° toutes les dettes contractées par la femme du consentement du mari ou dans la limite de son pouvoir domestique. — Cf. *supra*, chap. II, pp. 152 et ss.

APPENDICE I

Après avoir traité en général des principes adoptés par le droit franc et de leur développement jusqu'au XVIe siècle, il nous semble intéressant de donner ici, à titre de documentation, quelques détails sur les droits des villes de l'Allemagne qui ont joué le principal rôle dans ce mouvement, et dont quelques-uns ont gardé très tard leur caractère original.

1° Francfort-sur-Main (1)

Francfort a été jusqu'au commencement du XVIe siècle un tribunal supérieur remarquable, dont la domination s'étendait dans toute la région environnante et qui eut par suite une très grande influence sur le développement du droit franc. Placée au cœur du pays franc, la ville de Francfort était considérée comme la capitale des Francs Orientaux, et elle fut le centre effectif de leur législation ; son droit a servi de modèle aux statuts de nombreuses villes.

Le plus ancien recueil des lois de Francfort n'est que la Réformation de 1509 ; aussi la plupart des premiers ouvrages sur le régime conjugal, comme les travaux de Bender (2)

(1) Cf. Schwarz : op. cit., §§ 9 et ss. — Sandhaas : op. cit., § 13. — Euler : op. cit., §§ 7 et ss. — Schrdœer : op. cit., 2e partie, 1re et 2e sections.

(2) *Lehrbuch des Privatr. der Stadt Frankfurt-a-M.*

de Orth (1) se rapportent-ils exclusivement au droit de cette époque et ne disent-ils presque rien sur l'état antérieur de l'institution. C'est Euler (2) qui en a établi les fondements, car s'il n'y a pas avant 1509 de recueils de lois, on peut combler cette lacune par les renseignements que fournissent de nombreux actes judiciaires et autres sources d'après lesquelles on peut reconstituer l'état du régime. Et d'ailleurs, dans la Réformation de 1509 on trouve encore de nombreuses traces du système ancien.

Le droit de Francfort suit les principes des autres pays francs. On y trouve le système de la Gesammte Hand tel qu'il a été établi plus haut (3).

La base du régime est une association conjugale avec une unité de patrimoine ou « *Gesammtvermægen* » qui y est étroitement liée. Tous les biens sont sans distinction soumis aux mêmes principes, sans qu'un époux ait dans cette masse un droit propre, particulier sur l'un d'eux. Les deux conjoints ont des droits égaux à l'égard du patrimoine commun ; ils sont « *Genossen* » c'est-à-dire associés, et ils agissent depuis l'époque la plus ancienne, mit Gesammter Hand, pour tout acte concernant la masse, quelle qu'en soit l'espèce, que ce soit une aliénation ou même une acquisition.

Cependant la Gesammte Hand n'est pas absolument nécessaire pour tous les actes : le mari, comme « *Mompar* » (4) a la direction du patrimoine commun, et peut, comme chef du ménage et représentant de l'association conjugale accomplir seul les actes d'administration, ce qui lui donne le droit de disposer seul des meubles. Mais pour aliéner un immeuble, ou le grever d'un droit réel, le consentement de la femme est

(1) *Anmerk. über die Frank. Reformation.*

(2) Op. cit.

(3) Lorsque les époux agissent ensemble les sources parlent d'actes accomplis « *collecta, communicata manu, communicatis manibus, mit amder oder gesammter Hand* » ; la Réformation de 1509 parle encore de « *einhændig gewordenen Gütern* ».

(4) Source de 1440.

toujours nécessaire. C'est pourquoi dans de nombreuses sources, le mari agit seul « *cum consensu, cum manu, de consensu et manuali admissione uxoris* » (1); et dans certaines circonstances mêmes, le consentement de la femme se trouve formulé en termes exprès.

En règle générale, lorsque dans les cas précédents le mari agissait seul, il était présumé le faire du gré de sa femme, et non contre sa volonté, et il suffisait pour que l'acte fût valable que la femme, au lieu de consentir effectivement, ne s'opposât pas à son accomplissement. Lorsqu'elle refusait son consentement, elle devait pour rendre inefficace l'aliénation accomplie par le mari qui passait outre à son refus, faire en temps utile une opposition valable, c'est-à-dire que cette opposition devait intervenir dans l'année depuis la connaissance qu'elle avait eue de l'acte, et en justice (2).

La femme, à l'exception des actes concernant l'entretien du ménage (*Haushaltungsgeschæfte*), n'a aucun droit de disposition sur les biens du patrimoine conjugal. En dehors de cette sphère, elle est soumise au consentement du mari, et si elle agit sans ce consentement, l'acte peut être annulé.

A la dissolution du mariage, lorsqu'il y a des enfants, l'unité patrimoniale continue à subsister, en ce sens qu'il n'y a pas de partage des biens de la communauté entre le survivant et les enfants. En vertu du Verfangenschaftsrecht on distingue simplement entre les meubles et les immeubles. Le survivant dispose librement des premiers dont il a la propriété. Quant aux seconds, quelle qu'en soit l'origine, ils se trouvent « *zu einer Hand auferstorben, gebonden, ufferstorben, zu einer Hant gebonden* ». Le survivant qui n'en a que l'usufruit se trouve lié pour tout acte de disposition sur ces biens, au consentement des enfants, sauf au cas d' « *Echter Noth* ». Si l'un des enfants meurt, sa part accroît

(1) Cf. Bohmer : *Codex dipl.*, p. 4, p. 163.

(2) Cf. Schrœder : op. cit., 2e partie, 2e sect., § 17.

aux autres. A la mort du survivant, les enfants reprennent les immeubles en pleine propriété, et recueillent tous les autres biens libres du défunt.

En cas de second mariage, on trouve à l'origine, à Francfort, des Einkindschaften telles que nous les avons établies (1), et de nombreuses sources permettent ici de bien formuler la règle (2). Mais il semble que de bonne heure, une forme particulière fût exigée pour la conclusion d'une convention d'Einkindschaft, sans laquelle celle-ci n'était pas valable (3).

Lorsqu'il n'y a pas d'enfants à la dissolution, et lorsque ce cas n'a pas été réglé par une convention spéciale au moment de la conclusion du mariage, l'entité patrimoniale ne disparaît pas encore ; seulement, dans la masse recueillie par le survivant, on distingue certaines classes de biens, notamment les meubles et les immeubles et sur chaque catégorie, l'époux survivant a des droits différents. Il reste propriétaire de ses apports immobiliers et recueille en pleine propriété tous les meubles ainsi que les acquêts immeubles ; il peut disposer librement de ces biens. Mais il n'a que l'usufruit des immeubles du défunt que l'on appelait « *altes Erbe* ».

Tous les biens des époux compris dans la masse, aussi bien les « *Eigen und Erbe* » que les meubles sont tenus

(1) *Supra*, chap. II, p. 160.

(2) La première apparition de ces Einkindschaften se trouve dans un acte de 1399. Deux conjoints qui avaient eu chacun un enfant né d'un mariage antérieur, conviennent que les deux enfants compteraient pour un seul, et qu'à la dissolution il y aurait partage égal de leurs biens entre le survivant d'une part et les deux enfants de l'autre.

(3) Cf. Statuts de 1463 : les parents doivent comparaître devant le tribunal avec leurs enfants ; et si ceux-ci sont encore mineurs ils doivent être assistés d'un tuteur (Mompar). Cette forme s'est longtemps maintenue et on la trouve encore dans la Reformation de 1578.

des dettes (1) contractées par le mari seul ou par la femme, du consentement de ce dernier ou sans son consentement, mais dans la mesure de ses droits. Mais on trouve ici un vivant souvenir de l'ancien droit dans cette règle que les dettes portaient d'abord sur les meubles et que les « *Eigen und Erbe* » n'étaient tenues de ces charges qu'en cas d'insuffisance des premiers (2).

2° Bamberg (3)

Le droit de cette ville semble avoir atteint sa pleine forme au XIVe siècle (4), et il paraît avoir très peu changé par la suite.

Pendant le mariage, la situation juridique des époux se trouve désignée dans le Stadtrecht de Bamberg par l'expression de « *besammte* » ou « *Gesammte Hand* ». L'institution est donc basée sur une société intime des époux ; leur patrimoine commun forme une universalité juridique dans laquelle on ne peut distinguer une quote-part appartenant à l'un d'eux en particulier. Les acquêts font partie de cette masse commune qui s'étend si loin que les époux ne peuvent même pas avoir de propres (5).

La Gesammte Hand des époux peut disposer de tout ce patrimoine ; et tant qu'elle dure, les enfants n'ont ni pouvoirs, ni droits sur ce dernier. Cette Gesammte Hand peut aliéner sans limites par actes entre vifs soit les meubles, soit même les immeubles ; elle ne peut disposer à cause de mort que des meubles seulement.

(1) Sources de 1296 à 1334. — Cf. Euler : op. cit., § II.

(2) *Supra*, p. 152, note 4.

(3) Cf. Schwarz : op. cit., § § 14 et suiv. — Eule : op. cit., § 6. — Sandhaas : op. cit., § 13. — Schrœder : 2e partie, 1re et 2e sections.

(4) Cf *Gerichtsbuch* de 1333.

(5) Stadtrecht. § 285 : « *Was ein Mann Erbs oder Eigen kaufft. der cheliche Wirtin hat die by Im sitzet vund wonet, das mag er an der Statgericht in sein Hanndt nicht verschreiben lassen an seiner Wirtin wort* ».

Si telles sont les règles « *dieweil Gesamte Hand lebt* », l'action commune des deux époux n'est cependant pas exigée dans tous les cas. Bien plus, c'est au mari seul, en vertu de sa situation de chef de la communauté conjugale, qu'appartient le droit d'agir au nom de la Gesammte Hand, et il suffit pour que l'acte de disposition accompli soit valable que la femme, en ayant eu connaissance, ne manifeste pas son opposition. C'est pourquoi, à la dissolution, la femme n'est obligée personnellement qu'au paiement des dettes contractées par le mari, dont elle a eu connaissance ou qui lui ont été signifiées légalement (1). Par contre, toutes les dettes que la femme fait, en dehors de son pouvoir de ménagère (2), sans le consentement du mari, n'obligent point ce dernier, et les créanciers de la femme, en vertu de ces dettes ne peuvent à la mort de celle-ci se payer que sur ses vêtements.

A la dissolution du mariage par la mort de l'un des époux, l'unité patrimoniale est toujours maintenue.

Lorsqu'il n'y a pas d'enfants à cette époque, le survivant recueille tous les biens.

Lorsqu'il y a des enfants, en vertu du Verfangenschaftsrecht, le conjoint survivant a la possession et jouissance de tout ce patrimoine, de sorte qu'il n'intervient pas de partage entre lui et les enfants. Mais cet époux « *Mann oder Frau, do gesambte Handt zuprochen ist* » ne peut sans le consentement des enfants aliéner ni Erb ni Eigen, sauf en cas de nécessité. Mais, ici, la restriction a son droit de disposition, porte non seulement sur l'Erbe immobilier, mais même encore sur le « *wagende Erbe* » (3), qui comprend les

(1) Euler : op. cit., § 6. — Cf. *contra* : Schwarz : op. cit., § 16, qui soutient que la femme est obligée au paiement de toutes les dettes, même de celles dont elle n'a pas eu connaissance.

(2) A Bamberg, ce droit de contracter des dettes est accordé à la femme en dehors des actes nécessaires à l'entretien du ménage ; mais il est alors limité à une très faible somme.

(3) Stadtrecht : § 339, §§ 294 à 304 : « *die Kinder haben Wart auf Eigen und Erbe und wagente Erbe, sie sind desselben wartend.* »

meubles les plus usuels et les plus nécessaires tels que tables, lits, ustensiles de cuisine ; le survivant ne peut disposer que du reste du mobilier, par exemple de l'argent comptant (1).

Sur les biens soustraits à son libre pouvoir de disposition, le survivant a le même droit d'usufruit qu'à Francfort, et nous trouvons un semblable droit d'accroissement entre les enfants.

3° Nuremberg (2)

A l'origine, le droit de cette ville fut le même que celui de Bamberg, mais les principes de l'époque très ancienne sont peu connus.

Les recueils de l'ancien droit coutumier disent que pendant le mariage le mari, tant qu'il est en bonne santé, peut disposer des meubles seul, sans le concours de la femme, même par acte de dernière volonté. S'il est très malade, au point que « *er ungehabt und ungeführt drei Schritte nicht gehen mac* », il ne peut plus les aliéner qu'avec le concours de la femme.

Quant aux immeubles, il ne peut jamais en disposer que mit Gesammter Hand ; mais la femme peut, cependant, par le contrat de mariage accorder au mari un libre droit d'aliénation.

Le droit de la femme, comme à Bamberg, en dehors des actes relatifs au ménage, est restreint à des dettes très modiques.

A la dissolution, pour le cas de beerbte Ehe, on trouve les principes du Verfangenschaftsrecht de Bamberg.

(1) Schwarz : op. cit., § 15 — Zœpl et quelques auteurs soutiennent au contraire que « wagende Erbe » comprend tous les meubles, même l'argent et les animaux domestiques.

(2) Schwarz : op. cit., §§ 18 et ss. — Kohler : *Historia juris stat. Norimb.* dans *Siebenkees Magazin*, I, p. 344. — Euler : op. cit , § 13. — Schrœder : op. cit., 2e partie, 1re et 2e sections.

Lorsqu'il n'y a pas d'enfants, on peut conclure de la forme postérieure du droit de Nuremberg, que l'on rencontre dans un document de 1443, à un régime semblable à celui de Francfort.

4° Fribourg-en-Brisgau (1)

Parmi tous les droits francs, celui de cette ville demande une attention particulière, non seulement parce que ses dernières réglementations sont encore très voisines du droit ancien, mais encore parce que la richesse de ses sources permet de suivre distinctement son état à travers les siècles. De plus, ce droit est très important à cause de sa connexité, d'une part avec Cologne (ville dont le régime servit de modèle à celui de Fribourg) et d'autre part avec les autres villes de même origine, pour lesquels le droit de Fribourg servit d'étalon (2).

(1) Euler : op. cit., § 4. — Schrœder : op. cit., 2e partie, 1re et 2e sections.

(2) Le droit de Fribourg repose sur : 1° un Freiheitsbrief de 1120 ; 2° un Stadtrodel du XIIIe siècle probablement ; 3° un ancien projet de Stadrecht de 1275 ; 4° une Verfassungsurkunde de 1293 ; 5° un nouveau Stadrecht de 1520.

Les principes établis dans les sources des nos 1 et 4 se retrouvent dans la Handfeste de la ville de Berne (1218) et dans la Handfeste de la ville de Fribourg en Uetchaland (1178), avec laquelle concordent presque mot à mot les Stadtrechte de Aarberg (1271), Buren (1288), Bugdorf (1316), Erlach (1339) et Thun (1264).

Gaupp, Euler, et encore avec plus de précision Schrœder, affirment que le droit de Fribourg fut fondé d'après le droit de Cologne, et que, par suite, toutes les villes qui ont copié Fribourg se trouvent avoir un droit semblable à celui de Cologne. Nous trouvons une opinion divergente dans un article de M. E. Huber (*das Kœlnische Recht in den zæhringischen Stædten* dans *Zeitschr. f. Schweiz. Recht*, XXII, 1882) ; M. Huber admet que les principes fondamentaux sont les mêmes, mais tandis que le droit de Cologne a développé les véritables principes de la Gesammte Hand, les droits des villes fondées par les Zæhringer montreraient de nombreuses différences, et la conclusion serait qu'il ne faudrait pas admettre ici les principes du droit franc ; et dans un opuscule relatif au droit de Berne (*Historiche*

Les époux sont deux associés, et en vertu de cette société le patrimoine conjugal consiste en une seule masse dont les éléments composants forment un tout sans distinction d'origine, et qui se divise seulement en meubles et immeubles. Le mari, en vertu de sa situation de chef, a l'administration de ce patrimoine dont la femme ne peut disposer sans son assentiment (1).

La situation de la femme, quant à une action mit Gesammter Hand, n'est pas clairement établie dans le vieux droit de Fribourg qui ne contient pas de décisions à ce sujet. Mais on accepte en général cette idée que le concours de la femme est nécessaire lorsque le mari veut disposer des immeubles (2).

Lorsqu'à la dissolution il y a des enfants, l'unité patrimoniale subsiste ; l'époux survivant recueille le patrimoine commun dans leqael on distingue entre les meubles, dont il peut disposer librement et les immeubles « *Erb und Eigen* », qui sont « verfangen » aux enfants et qu'il ne peut aliéner sans leur consentement, sauf au cas de nécessité (3).

S'il n'y a pas d'enfants, il semble, d'après l'ancien droit de Fribourg, que le survivant recueille tout le patrimoine à l'exclusion des héritiers du défunt.

Le droit de Fribourg-en-Brisgau a eu une influence prépondérante dans toute la région du Wurtemberg, qui était d'ailleurs un sol franc; le système de la Gesammte Hand et de la Verfangenschaft s'infiltra partout et s'y maintint jus-

Grundlage des ehelichen Güterrechts der Berner Handfeste. Basler Universitætsfestchrift, 1884), contrairement à Schrœder (op. cit., 2e partie, 2, pp. 96 et ss., qui considère l'unité patrimoniale et le droit de chef du mari qu'on y rencontre comme une situation de Gesammte Hand), M. Huber ne veut voir pour ce droit particulier, comme pour toutes les autres villes sœurs qu'une forme différente qu'il appelle « *Eigenthums Einheit* ».

(1) Ces mêmes règles se retrouvent dans le Stadrecht de 1520.

(2) Le droit de Fribourg en Uetchaland exige ce concours de la femme dans ce cas.

(3) On trouve encore ce régime dans le Stadrecht de 1520.

qu'à l'époque où les Réformations, imbues du droit romain renaissant, étouffèrent, comme à Fribourg même, les anciens principes (1). Le régime fribourgeois régnait même dans les villes wurtembergeoises qui n'avaient pas de Stadrechte particuliers, ainsi que dans les campagnes.

5° Julich et Berg (2)

Les droits de ces deux villes, tout à fait semblables l'un et l'autre, sont particulièrement intéressants à consulter, car ils remontent à une époque très reculée. Ils nous font voir le régime franc appliqué non seulement dans les villes, mais encore dans les campagnes et même chez les nobles, et ils nous montrent aussi les racines profondes du système de la Gesammte Hand avec Verfangenschaftsrecht, et sa durée à travers les siècles jusqu'à l'époque moderne.

Le Ritter und Landrecht de Berg (3) est de la première moitié du XIV[e] siècle, et le Landrecht de Julich est de 1537.

On retrouve dans les deux endroits cette même unité complète du patrimoine mobilier et immobilier. Les acquêts font partie de cette masse dans laquelle on ne distingue plus qu'entre les meubles et les immeubles, et non pas entre les apports des époux. Le mari comme « Mompar » de la femme et chef de la communauté, ne peut aliéner ou grever de droits réels les biens immobiliers sans le concours de celle-ci (4).

S'il n'y a pas d'enfants à la dissolution, le survivant a la

(1) Cf. Offenburg Sulz les Stadrechte de Thubingen et d'Asberg de 1510, de Balingen de 1507, de Nütringen de 1509.

(2) Euler : op. cit., § 5. — Sandhaas : op. cit., § 13. — Schrœder : op. cit., 2[e] partie, 1[re] et 2[e] sect.

(3) « *Dot alte Recht herkommen und die Gewoenheit des Lantz von dem Berge.* »

(4) « *Auch en soll gein Man over Frowe Erffschaft noch Pantschafft im ganzen bedde ein buissen dem anderen nicht overgeven, versetten, noch besweren* », Berg. Landr., 58.

libre propriété des meubles, et n'a que l'usufruit de la part du défunt dans les conquêts immeubles, et des immeubles qui constituaient l'apport de ce dernier.

S'il y a des enfants, l'unité du patrimoine subsiste encore : le survivant a l'usufruit des immeubles qu'il ne peut aliéner sans le consentement des enfants, excepté dans le cas de nécessité, et il a la pleine propriété des meubles (1).

6° Colmar (2)

La principale source est le privilège de 1278, qui se rapproche des droits de Cologne et des villes dont la fondation remonte aux Zæhringer.

On trouve la Gesammte Hand très clairement exprimée à propos du régime conjugal, telle qu'elle existe dans le droit franc le plus pur : les époux ont des droits égaux quant à la masse commune, dont ils disposent soit effectivement ensemble, « *mit Gesammter Hand* », ou bien plus fréquemment par l'intermédiaire du mari, « *durch die Hand des Mannes* », en vertu de son pouvoir de chef de l'union conjugale.

L'unité patrimoniale subsiste, même après la dissolution du mariage, car lorsqu'il n'y a pas d'enfants le survivant exclut complètement les héritiers du défunt, et lorsqu'il y a des enfants, le survivant a l'administration de tout le patrimoine et dispose librement des meubles, mais est astreint à recourir au consentement des enfants pour disposer des immeubles dont il n'a que l'usufruit.

7° Liège (3)

L'unité patrimoniale apparaît très clairement ; sous la

(1) La réformation de 1556, pour Julich et Berg, reproduit encore tous ces principes de l'ancien droit.

(2) Euler : *Das Kœlner Recht u. die Gesammte Hand in Elsass. Zeitschr. f. Deutsch. Recht.*, VII, 1842, p. 80. — Schrœder : op. cit., 2e partie, 1re et 2e sect.

(3) Schwarz : op. cit., § 20. — Euler : *Güter u. Erbrecht z. Frankf. a. M.*, § 13.

« *main plévie* » du mari, il ne s'est formé qu'une seule masse de biens dont ce dernier est le chef et dont il dispose librement entre vifs. La femme, sans son consentement, ne peut disposer d'aucun bien, sauf quelques exceptions pour les besoins du ménage.

A la dissolution, lorsqu'il n'y a pas d'enfant, le survivant recueille tout le patrimoine. S'il y a des enfants, on trouve le Verfangenschaftsrecht ; les enfants sont « *propriétaires coustumiers* » et le survivant est « *parent usufruitaire* ».

§ II. — Depuis le XVI[e] siècle.

Nous venons de voir que le système franc de la Gesammte Hand, dans son développement jusqu'au XVI[e] siècle, avait abouti à la communauté complète de tous les biens des époux, c'est-à-dire à la communauté universelle ; d'une façon générale, et sans exception dans aucune des nombreuses régions où il s'était répandu, le régime reposait sur deux idées fondamentales : d'abord sur le principe d'une masse de biens formant une entité juridique, un patrimoine séparé avec un actif et un passif propres, unité de patrimoine qui subsiste même à la dissolution (1), et en outre sur ce principe d'une distinction fondamentale, dans l'intérieur de cette masse, entre deux classes de biens, les meubles et les immeubles ; le mari dispose librement des meubles, tandis qu'il ne peut aliéner les immeubles que mit Gesammter Hand (2) ; à la dissolution le survivant qui recueille tout le patrimoine, n'est assujetti à aucune contrainte pour disposer des meubles, tandis que les immeubles sont « *verfangen* » aux enfants (3).

A partir du XVI[e] siècle, il faut compter avec diverses influences qui vont introduire des différences dans les diverses régions.

(1) Cf. *supra*, pp. 151 et ss.
(2) Cf. *supra*, p. 149.
(3) Cf. *supra*, pp. 156 et ss.

Au moyen-âge la distinction des biens en meubles et immeubles se comprenait très bien par suite de la valeur supérieure qu'avaient à cette époque les biens immobiliers. Lorsque peu à peu, ces derniers diminuèrent de valeur, et que par suite de l'état de plus en plus florissant des villes, la fortune mobilière prit le pas sur la fortune immobilière, que l'argent, rare auparavant, devint le moyen d'échange courant, cette distinction, comme base d'un régime matrimonial, perdit presque toute sa valeur au cas où les meubles représentaient la plus grande partie des patrimoines de chaque époux ; ce qui devenait maintenant un fait aussi fréquent qu'anciennement le cas inverse. De plus, le but primitif que cherchait à atteindre le régime du Verfangenschaftsrecht, c'est-à-dire la conservation des biens aux enfants, issus du mariage, se trouvait, justement par le maintien des règles anciennes, ne plus être atteint ; car une disposition de dernière volonté du survivant, qui avait le droit d'aliéner librement les meubles, pouvait, depuis que la masse conjugale se composait en majeure partie de cette sorte de biens, dépouiller les enfants de tout ou partie du patrimoine que les règles anciennes tendaient à leur assurer.

Une autre raison prépondérante des modifications postérieures apportées à ce régime, est l'influence du droit romain, qui entre véritablement en Allemagne au xiv[e] siècle après une courte apparition sans effet notable au xii[e] siècle (1), et qui atteint son plein développement au xvi[e] siècle.

Le régime dotal et ses principes pénètrent en Allemagne et supplantent même complètement en certains endroits les régimes du droit national, qui, dans les autres régions se modifient aussi par contre-coup. Le droit franc, il est vrai, est toujours resté assez éloigné et assez indépendant de cette influence, mais il s'en ressent aussi cependant.

Il n'est pas douteux, en effet, qu'avant l'introduction du droit romain en Allemagne, les régimes des biens entre

(1) Cf. *supra*, chap. I, p. 31, note 3.

époux ont adopté les mêmes formes dans les différents pays de droit franc (1) ; et ce n'est qu'à partir de la renaissance de l'étude du Digeste que l'on aperçoit des divergences. Les deux principes fondamentaux du droit franc, la Gesammte Hand, c'est-à-dire l'idée de l'égalité des deux époux quant au patrimoine, et le Verfangenschaftsrecht, c'est-à-dire le droit des enfants, devaient naturellement entrer en collision avec les conceptions romaines sur la dot et sur les droits du pater-familias, et devaient nécessairement être modifiés plus ou moins par lui selon la force de son influence.

C'est pourquoi la route commune que tous les droits francs avaient suivie jusque-là se trouve abandonnée par quelques-uns ; le droit romain arrête le développement de la communauté universelle du droit national et le travail de formation qui jusque là avait été un et identique pour toutes les régions franques, aboutit à un résultat qui se diversifie dans la plupart d'entre elles, dont les Landrechte et les Stadtrechte retournent en grand nombre au point de départ originaire d'une communauté restreinte (2).

Dans les différentes formes que prend, à partir de cette époque le régime matrimonial franc, on peut distinguer deux catégories : dans certains pays l'unité patrimoniale embrasse tous les biens des époux, et donne naissance, comme dans l'ancien droit, à une communauté universelle (*allgemeine-Gütergemeinschaft*) ; ou bien au contraire la masse commune ne comprend plus que certaines parties du patrimoine de chaque conjoint ; c'est le cas des communautés particulières (*Particulære* ou *partielle Gütergemeinschaften*) (3). Nous allons suivre le développement de ces deux directions.

(1) Euler : (*Fortbildung u. Gestaltung des frænk. ehel. Güterrechts seit dem Eindringen des rœmischen Rechts.* dans *Zeitsch. f. Deutsch. Recht.* X. 1846, § 1) conclut très clairement à cette unité législative pour tous les pays francs par l'analyse des sources.

(2) Cf. Roth : *Zeitschr. f. vergleisch. Rechtswiss.*, I, 1878, pp. 49 à 77.

(3) Cf. Euler : op. cit., §§ 4 et 5.

1° *Communauté universelle.* — La communauté universelle résiste au droit romain dans plusieurs parties de l'Allemagne ; on la trouve dans le Brandebourg (1). dans le Landrecht d'Erbach, dans la Franconie, dans les duchés de Cobourg et de Hohenlohe, dans quelques villes de Saxe, dans certaines parties de la Westphalie et de la Bavière, dans les duchés de Clèves, de Mecklembourg, en Silésie, à Cologne, Hambourg et aux bords du Rhin ; dans certaines villes, comme à Lubeck, elle n'est admise qu'autant qu'il y a des enfants à la dissolution ; au cas contraire la veuve reprend tous ses apports (2).

Le principe d'une entité juridique représentée par un patrimoine séparé, qui est propriété en main commune des époux, et qui embrasse tout l'actif que ceux-ci possèdent au jour du mariage ou qu'ils acquièrent à partir de cette date (3), ainsi que leur passif (ce qui comprend même leurs dettes antérieures au mariage), est toujours à la base de ce régime, et il se trouve exprimé dans presque tous les droits (4).

En général cette communauté universelle date du jour de la conclusion du mariage ; mais dans bien des régions la règle est qu'elle ne commence qu'au coucher des époux (5),

(1) Constitution de 1722.

(2) Cf. Euler : op. cit., §§ 6 et ss. — D'Olivecrona : op. cit., p. 180. — Laboulaye : op. cit., p. 390. — Hasse : *Skizze des Güterrechts der Ehegatten nach einigen der ældesten deutschen Rechtsquellen* dans *Zeitschr. f. gesch. Rechtswiss.*, V. 1818, p. 97 et ss. — Stobbe : *Handbuch*, IV, § 237 et ss. — Heusler : *Inst.*, § 149 et ss. — Beseler : *Syst.* II, § 140. — Bluntschli : *Deutsch. Privatr.*, § 209.

(3) Ce qui n'exclut pas d'ailleurs pour les époux le droit d'avoir des propres. Cf. Stobbe : *Handbuch*, IV, § 238.

(4) Nüremberg, Bamberg (Landrecht de 1769), Wurzburg, Bayreuth, Coburg, Hohenlohe, Wimpfen).

(5) Cf. Ginoulhiac, op. cit., p. 255.—Stobbe : *Handbuch*, IV, § 215, 5°, § 218, notes 25 et suiv.

ou, plus fréquemment encore, qu'après la durée de la vie commune pendant un an et un jour (1).

Les deux époux ont une qualité égale d'associés à l'égard de ce patrimoine dont ils forment le sujet ; mais en vertu de la situation du mari, qui est le chef de l'association conjugale, les droits d'administration sont réunis dans sa main. C'est grâce à cette qualité de chef, et non en vertu d'un mandat accordé par la femme que le mari seul dirige ce patrimoine : en général le mari a le pouvoir d'aliéner seul les biens de la masse, et il peut même faire seul des donations ; mais il faut que celles-ci ne mettent pas le patrimoine commun en danger (2).

La femme au contraire n'a que peu de droits sur le patrimoine conjugal ; en dehors du cas où elle contracte dans l'intérêt du ménage, et où en vertu de son pouvoir de ménagère (*Schlüsselgewalt*) elle oblige le Stammgut et le mari (et encore faut-il que les dettes contractées ne dépassent pas une

(1) Ginoulhiac : loc. cit. — Scherer : *Deutsch Privatr.*, § 29. — Philipps : *Deutsch. Privatr.*, p. 121 et 23. — Stobbe : *Handbuch*, IV, § 224. — Sur les différentes régions admettant cette règle. Cf. Schrœder : op cit., II, 1, p 153, 155 ; II, 2, p 75 ; II, 3, p. 390.

(2) Les divers droits adoptent souvent des règles différentes quant au pouvoir du mari de faire des donations ; le *Preuss. Landr.*, II. 1, § 381, permet à la femme, sous certaines conditions, d'attaquer la donation faite par le mari seul. Dans le *Westphal, Gesetzb.*, § 3, le consentement de la femme est nécessaire pour toutes les dispositions à titre gratuit, faites par le mari seul et concernant soit un immeuble, soit l'universalité des meubles, soit une quote-part de ces derniers; ou bien lorsque le mari veut se réserver l'usufruit d'un immeuble dont il a fait donation ; enfin ce consentement est encore requis pour tous les contrats « durch welche das gemeinschaftliche Vermœgen ganz oder theilweise schon bei Lebzeiten der Eheleute ein Rücksicht auf eine künftige Erbfolge abgetreten wird (Uebertragungsvertrage) ».

Roth (*Deutsch Privatr.*, II, § 105, note 4) est d'avis qu'il faut refuser au mari tout droit de faire seul une donation quelconque. Mais aucune loi ne consacre expressément cette règle. Cf. Stobbe : *Handbuch*, IV, p. 208, note 25.

certaine mesure) (1), elle ne peut contracter une obligation, ni aliéner les biens de la masse commune sans le consentement du mari.

Dans plusieurs parties de l'Allemagne on trouve cependant des exceptions à cette situation habituelle du mari; ainsi à Münster chacun des époux a un droit de disposition sur le Gesammtgut. A Nüremberg, au contraire, tous les contrats ne peuvent être conclus que par les deux époux ensemble (2). Et dans la plupart des droits les pouvoirs du mari se trouvent limités lorsqu'il s'agit de disposer des immeubles ; quelques droits particuliers, il est vrai, lui accordent sur ceux-ci un droit aussi complet que sur les meubles, avec exception seulement au cas de donation (3). Mais d'après le plus grand nombre des autres, qui ont conservé les principes du moyen-âge, époque où le mari avait le droit de disposer librement des meubles, mais où les règles de la Gesammte Hand restreignaient son pouvoir lorsqu'il s'agissait des immeubles, le mari ne peut aliéner ou grever de charges ces derniers sans le consentement de la femme (4).

Le Stammgut est tenu de toutes les dettes antérieures au mariage des époux, car elles sont charges de l'actif qu'il comprend (5). Et quant aux dettes nées durant le mariage il répond de toutes celles qu'ont contractées le mari, chef de la famille, ou la femme, dans le cercle de son pouvoir. Ces

(1) Cf. *infra*, chap. II, pp. 192 et ss.

(2) *Nürenberger Reformation*, XXVIII, 1, § 4 à 7. Cf. Roth : op. cit., § 105.

(3) Mannheim, Munich, Iéna, Osnabrück. Cf. Stobbe *Handbuch*, IV, p. 209, note 28.

(4) Cf. Stobbe *Handbuch*, IV, p. 210, note 29. Chaque époux peut en général disposer seul par testament de ses propres d'abord et ensuite de sa part dans la communauté. Cependant pour cette part, dans certains droits, le principe de la Gesammte Hand règne encore, et on trouve exigé, soit une disposition en main commune, soit le consentement de l'autre époux.

(5) L'époux du chef duquel elles proviennent en reste d'ailleurs personnellement débiteur.

dettes obligent les deux époux personnellement ; mais tandis qu'en général, les propres de la femme, lorsqu'elle en a, n'en sont pas tenus, les propres du mari le sont toujours par suite de son droit d'administration et, en outre, de cette idée qu'il est obligé de pourvoir aux charges du mariage. La femme peut d'ailleurs encore, comme dans l'ancien temps, se libérer de son obligation en renonçant à son droit sur le Gesammut.

A la dissolution du mariage, lorsqu'il y a des enfants issus de l'union conjugale, la distinction jadis si importante entre les meubles et les immeublas disparaît peu à peu dans la plupart des régions de communauté universelle (1); celles-ci peuvent se diviser en deux catégories principales dont les différences se font jour notamment au cas où il s'agit d'une « beerbte Ehe ». Dans l'une d'elles, à la mort de l'un des époux, une partie du patrimoine du défunt était immédiatement dévolue aux enfants auxquels elle se trouve « *verfangen* ». Dans la seconde le patrimoine « *gesammt, ungetrennt, und ungetheilt* » reste dans la main du survivant, et les enfants n'ont droit à une part qu'à l'époque où un partarge intervient, part qui est calculée suivant l'état de ce patrimoine à cette époque (2).

(1) Ainsi, dans la *Rechtsordnung* de Cologne de 1663, lorsqu'il n'y a pas d'enfants, le survivant, outre ses apports, recueille tous les meubles et il a l'usufruit des apports immobiliers du défunt ; les conquêts immeubles se partagent entre le survivant et les héritiers du défunt par moitié. Lorsqu'il y a des enfants, le survivant recueille tous les meubles; il reprend ses apports immobiliers, il a l'usufruit de ceux du défunt (tit. XIII, § 3 à 6). A Nassau (*Landesordnung*), s'il n'y a pas d'enfants, le survivant reprend ses apports, recueille les meubles la moitié des acquêts immobiliers, et il a l'usufruit de l'autre moitié, ainsi que des immeubles du défunt. A Francfort, au cas de « unbeerbte Ehe », le survivant recueille les meubles, les acquêts et il a l'usufruit des apports immobiliers du défunt. Lorsqu'il y a des enfants il prend la moitié des acquêts, la moitié des meubles, et il a droit à l'usufruit des immeubles du défunt. (*Reformation* de 1611, V, art 4 et 5.)

(2) Les enfants avec le survivant, sont « *auf Gedeih und Verderb sitzend* »; Würzburg, Schweinfürt, Castell, Bamberg, Coburg, Wimpfen, Landrecht d'Erbach. Cf. Schwarz, op. cit., § 24.

Les droits de cette dernière catégorie suppriment toute distinction entre les meubles et les immeubles et en même temps l'ancien Verfangenschaftsrecht des enfants ; mais cette dernière institution ne disparaît qu'en tant qu'elle avait pour effet d'imposer des entraves à l'aliénation des immeubles ; ses autres propriétés survivent. Et les règles qui subsistent s'étendent maintenant, non seulement aux immeubles de la communauté, mais encore à tout le patrimoine du survivant : les enfants, à l'époque du partage ont droit à une part de toute la masse formée par les biens du mariage et par les biens acquis depuis la dissolution par le survivant.

C'est grâce à cette extension que s'est formée cette situation juridique que l'on désigne sous le nom de « *fortgesetzte Gütergemeinschaft* » c'est-à-dire « *communauté continuée* ». Cette dernière est intimement liée par son origine au Verfangenschaftsrecht et ne s'explique clairement que par lui.

Dans cette communauté continuée on donne aux enfants presque tous les droits que leur conférait auparavant le Verfangenschaftsrecht sur ces immeubles, à l'exception de leur Widerspruchsrecht ; et même dans certaines régions ce dernier se conserve, mais il porte maintenant sur tous les immeubles de la masse (1). Mais de même qu'auparavant les enfants ne pouvaient rien réclamer des biens que le survivant acquérait depuis la dissolution, maintenant, aussitôt qu'un partage était intervenu entre eux et le survivant, ils ne pouvaient plus prétendre à rien sur la part attribuée à celui-ci (2).

Au cas où l'un des enfants meurt, avant tout partage, sa part accroît aux autres, Au cas d'un second mariage de l'époux survivant, un partage n'est obligatoire qu'autant qu'il n'intervient pas un contrat d'Einkindschaft.

Cette fortgesetzte Gütergemeinschaft ne se rencontre pas dans les droits de la première catégorie. A la mort de l'un

(1) Bamberg, Wimpfen, Erbach

(2) Cf. *supra*, chap. II, p. 158.

des époux, lorsqu'il y a des enfants, il se forme des parts séparées dont l'une appartient au survivant en pleine propriété, tandis que les autres sont recueillies par les enfants qui n'en ont que la nue-propriété, l'usufruit appartenant au survivant.

Il faut donc, dans cette catégorie, sous-distinguer encore deux formes différentes :

1° Certains droits accordent aux enfants la part qui serait revenue au défunt s'il avait survécu (1).

2° D'autres séparent le patrimoine d'après ses parties composantes : les enfants recueillent l'apport du défunt, et le survivant reprend le sien (2).

Dans ces deux classes secondaires le survivant a d'ailleurs toujours l'usufruit de la part du patrimoine recueillie par les enfants.

Lorsqu'à la dissolution de l'union conjugale il n'y a pas d'enfants, dans les régions où à l'époque antérieure le survivant recueillait tout le patrimoine commun à l'exclusion des héritiers du défunt, on trouve encore la même règle (3).

Dans les autres législations, comme jadis, les héritiers du défunt sont appelés à recueillir sa part dans la communauté, mais le survivant a toujours un préciput (*Vortheil*) sur le patrimoine du prédécédé, qui consiste soit en une quote-part en propriété, soit dans l'usufruit de la totalité (4).

2° *Communautés particulières.* — La communauté universelle est la forme propre au droit des Francs, et elle se trouve généralement adoptée dans toutes les régions franques jusqu'au XVIe siècle ; les régimes de communauté que nous abor-

(1) Ainsi le droit de Nüremberg accorde aux enfants la moitié du patrimoine commun. Celui de Hohenlohe leur accorde une part d'un tiers ou de deux tiers selon que c'est la mère ou le père qui décède le premier.

(2) Bayreuth, Dinkelsbühl, Rottenburg.

(3) Bamberg, Cobourg, Nœrdlingen, Rottenburg, Erbach.

(4) Nüremberg, Bayreuth, Dinkelsbühl, Würzburg, Hohenlohe, Wimpfen.

dons maintenant et dans lesquels la masse commune n'embrasse plus que certains biens des patrimoines des époux, sont l'œuvre du droit romain qui, dans certaines régions, fait même retourner notre institution à la forme originaire de la communauté d'acquêts ; et ce sont maintenant dans ces régimes nouveaux, les principes prépondérants du droit de Rome que l'on tend de plus en plus à appliquer à la conception juridique de l'association conjugale (1).

Au lieu d'un seul patrimoine, comme dans la communauté universelle, il y a à considérer ici trois patrimoines, quel que soit le genre de la communauté ; il y a un patrimoine commun et le patrimoine propre de chaque époux.

Mais les règles qui régissent le patrimoine commun restent les mêmes ; car les fondements sur lesquels repose l'institution de la communauté particulière sont semblables à ceux sur lesquels était bâtie la communauté universelle.

Nous rencontrons en effet encore ici pour le patrimoine commun ce principe d'unité patrimoniale de l'ancien droit franc. Il y a toujours une masse de biens à part formant une universalité séparée et comprenant un actif et un passif propres, et qui se trouve par suite distincte des patrimoines propres des époux. Toute la différence avec la communauté universelle consiste en ceci seulement que son étendue est plus restreinte ; mais, en dehors de cette limitation, le caractère de ce patrimoine commun n'a pas changé (2). Il reste propriété commune des deux époux ; et le principe de la Gesammte Hand existe ici comme dans la communauté universelle (3). Mais selon l'étendue de cette masse commune on peut dans la communauté particulière distinguer deux classes secondaires :

1° Dans la première, les apports mobiliers et les acquêts,

(1) Cf. D'Olivecrona : p. 282. — Beseler : *System.*, II, § 137. — Laboulaye : op. cit., p. 379. — Schwarz : op. cit., § 22. — Roth : *Zeitschr. f. vergl. Rechtswiss.* I, 1878, p. 93. — Euler : op. cit., § 1.

(2) Cf. Stobbe : *Handbuch*, IV, § 240. — Beseler, *System.* II., § 141.

(3) Stobbe : *Handbuch*, IV, p. 276.

meubles et immeubles, forment seuls la masse commune. Parmi les droits qui admettent maintenant cette composition du patrimoine conjugal, il faut citer le Landrecht de Saarbrück (1621) les coutumes de la ville de Landau (1660)et l'ordonnance de la ville de Hanau. Il faut jouter le Landrecht de Solms (1571), le Landrecht de Wildenbourg (1659), la Landesordnung de Nassau (1616), la Reformation de 1509 de Francfort (1).

On trouve ce regime de la communauté de meubles et d'acquêts (*Mobiliargemeinschaft*), tout à fait en concordance avec les principes du Code civil français, à Cologne, Berg, Julich, dans le Luxembourg, à Clèves et dans quelques endroits de la Westphalie, ainsi que dans toute la région qui faisait partie du territoire de la France, ce qui explique la formation d'une législation identique dans les deux pays.

2° La seconde classe comprend les droits qui admettent une simple communauté d'acquêts (*Errungenschaftsgemeinschaft*) ; la masse patrimoniale commune ne se compose exclusivement que des acquêts faits durant le mariage, et des fruits des biens dont chaque époux conserve la propriété.

Il faut citer comme, principales législations admettant ce régime, les Statuts de Lore et de Malberg (1566), le Landrecht de Baden-Baden (1588), les Statuts de la ville de Spire (1667), le Landrecht de Mayence (1710). Le système de la communauté d'acquêts est particulièrement clair dans le Landrecht de Würtemberg et en Bavière.

Dans ces deux classes, c'est encore, comme dans la communauté universelle, au mari qu'appartient l'administration et la représentation de ce bien commun. Mais ici le pouvoir de chef de la société conjugale a pris plus d'ampleur encore que dans la première ; car le mari n'a plusen général besoin

(1) La Réformation de 1509, qui a supprimé la communauté universelle, et l'a remplacée par la communauté de certaines parties seulement des patrimoines des époux, parle encore de la Gesammte Hand et nous montre clairement le principe de l'unité patrimoniale encore vivant. Cf. Euler : *Güter u. Erbrecht zu Francf. a. M.*, § 7.

du consentement de la femme pour l'aliénation des immeubles (1). Cependant, je tiens à le répéter, dans ce pouvoir plus étendu, rien n'est changé quant aux principes sur lesquels repose ; c'est toujours comme chef de la communauté zu Gesammter Hand que le mari agit.

Quant aux dettes il faut distinguer entre les dettes particulières et les dettes communes.

Les premières portent sur le patrimoine de l'époux débiteur sans atteindre les biens de l'autre époux ; quant à savoir si le patrimoine commun en est tenu, les diverses législations adoptent des règles fort différentes et on ne peut établir de règle générale répondant à la question (2).

Les dettes communes sont toujours à la charge du Stammgut, et sauf diverses exceptions, les patrimoines propres des deux époux en sont grevés aussi. Mais la femme peut toujours se libérer de son obligation à ces dettes par l'abandon de ses droits (3).

D'après presque toutes les législations, à la dissolution, le survivant retire ses apports de la masse commune et a droit à une part des acquêts, quelquefois même à la totalité. Et il lui est en général accordé aussi un usufruit sur les « *Erb* ou *Stammgüter* » du prédécédé (4).

(1) On trouve cependant des exceptions dans le sens de l'ancien droit à Francfort (*Frankf. Reform.*, II. 3, § 12. — III, 6, § 3,) et dans le *Preussiches Landrecht* (II, 1, § 378). — Cf. Roth (*Bay Civilr.* I, § 83 et *Deutsch. Privatr.* p. 118, note 27) qui établit une restriction générale aux pouvoirs du mari pour le cas de donation, Cf. *supra.*, p. 177, note 2.

(2) Cf. Stobbe : *Handbuch*, IV, p. 279.

(3) Cf. Stobbe : *Handbuch*, IV, p. 280.

(4) Euler : *Fortbildung u. Gestaltung*, § 17, fait encore remarquer à ce sujet que ce n'est pas un droit de succession ; c'est « *jure communionis* » que le survivant recueille une part ou la totalité de la masse commune. La preuve en est dans les expressions « *haben, behalten* » employées pour désigner son droit, et dans ce fait que l'un des époux ne peut, par une disposition, testamentaire priver l'autre de cette part à laquelle il a droit.

APPENDICE II

I. — Nous donnons ici, comme nous l'avons fait précédemment, quelques détails sur les droits de deux villes qui, dans le régime de la communauté universelle, ont conservé jusqu'à une époque récente les principes très purs du droit franc.

1° Wurzburg (1)

On n'a presque pas de renseignements sur les formes primitives du droit de cette ville ; car les plus anciens documents, sous forme de recueils de coutumes, datent de 1536 et de 1557.

Le droit romain a pénétré difficilement ici et la communauté entre époux du droit de Wurzburg, c'est-à-dire du droit franc, est avec celui de Bamberg, le régime qui jette la plus vive lumière sur les principes du droit allemand, qui s'y sont le mieux conservés à l'abri des influences étrangères. Aussi les documents de Wurzburg contiennent-ils de nombreuses règles qui découlent de la Gesammte Hand.

Les Landsbraüche de 1570 et la Landesgerichtsordnung de 1580 comme celle de 1564 établissent, lorsque le mariage se dissout sans qu'il soit né des enfants pendant sa durée, une simple communauté d'acquêts. Il y a au contraire communauté universelle dans le cas inverse.

(1) Cf. Schwarz : op. cit., § 29. — Euler : op. cit., § 13.

Lorsque les époux ont des enfants « sind und heissen sie, nach frænkischem Rechte. in allen ihren liegenden und fahrenden, zugebrachten, eroberten und gewonnenen Gütern, sie Kommen her von welcher Seite sie wollen, gegen und mit einander vererbt (1) ». Les biens forment donc une masse dans laquelle l'origine des biens n'est plus prise en considération ; c'est le mari qui administre ce patrimoine comme « *Hausregierer* » (2) ; ce dernier ne peut aliéner les immeubles sans le concours de la femme ; et celle-ci, en dehors de sa sphère de ménagère, ne peut contracter de dettes sans le consentement du mari.

A la dissolution, s'il se trouve des enfants en vie, l'époux survivant reste en possession de tous les biens ; il n'y a plus de Verfangenschaftsrecht : le survivant a pleins pouvoirs sur tout le patrimoine. Lorsque pour diverses raisons un partage intervient. les enfants ont le « *Zweittheil* », c'est-à-dire les deux tiers patrimoine tel qu'il est à cette époque. Après le partage, ils n'ont plus aucun droit sur les biens du survivant.

Lorsqu'il n'y a pas d'enfants à la dissolution le survivant reprend ses apports et a droit à la moitié des acquêts.

2° Bamberg

D'après les derniers manuscrits du vieux droit de Bamberg, ce dernier semble avoir été encore en vigueur au commencement du XVIIe siècle ; cependant à partir de cette époque, il se départit de plusieurs règles anciennes.

Au XVIIe siècle, Justus Veracius compose un recueil des coutumes, et prétend exposer le droit ancien de Bamberg (3),

(1) *Friesen's Sammlung*, § 59.

(2) *Friesen's Sammlung*, § 46.

(3) Dans son introduction il dit en effet : « *In antiquitatis sacraria penetravimus, ubi ex imis majorum nostrorum rerum judicatarum, rescriptorum, literarum et librorum ruderibus, illud, quod vetustissimi mores et usus populi Bambergensis jam pridem probaverunt, eruimus.* »

et ce sont là les principes que l'on trouve encore en vigueur aujourd'hui.

L'explication que J. Veracius lui-même donne de la communauté entre époux de Bamberg est la suivante : grâce à cette communauté, les patrimoines des deux conjoints se confondent à un tel point que chaque époux se trouve être propriétaire de la masse ainsi formée, sans distinction de parts, et que chacun d'eux peut dire ; tout le patrimoine m'appartient (1).

Cette communauté se forme par l'habitation en commun pendant un an et un jour, délai qui court du jour de la conclusion du mariage ; chaque époux peut d'ailleurs, par une opposition faite par lui dans cet intervalle, empêcher la naissance de cette société.

La masse commune embrasse tout l'actif des époux, à l'époque du mariage.

Les dettes antérieures au mariage des deux époux, et les dettes contractées pendant la durée de la communauté, soit par le mari, soit par la femme, avec son consentement, ou en vertu d'un droit propre et restreint (2), forment le passif du patrimoine commun. A la dissolution, la femme survivante ne peut se libérer qu'en renonçant a tout le patrimoine.

Lorsque le mariage se dissout, le survivant reste seul propriétaire du patrimoine, en vertu du droit propre qu'il possédait déjà durant le mariage sur l'ensemble des biens communs et qui apparaît maintenant (3).

Si le survivant se remarie, les enfants, lorsqu'il y en a, peuvent exiger le partage, ou une convention d'Einkindschaft. Cette dernière naît tacitement par la vie en commun

(1) Cf. *infra*, p. 200, texte cité.

(2) La femme ne peut contracter seule des obligations que pour les besoins du ménage : le mari et le bien commun ne sont pas tenus de payer les autres dettes qu'elle aurait assumées seule.

(3) Justus Veracius rapproche cette situation du *jus acrescendi* du droit romain.

des enfants et des deux nouveaux époux pendant un an et un jour.

L'œuvre de Justus Veracius eut une grande influence sur le développement du droit de Bamberg ; et sa théorie y fut acceptée même par la jurisprudence (1).

II. — Un exposé rapide de la situation de l'Allemagne au moment ou s'élaborait le nouveau Code civil, permettra de se rendre compte en premier lieu des régions où l'influence du droit romain a tantôt restreint la forme généralement acceptée au moyen-âge de la communauté universelle, et tantôt l'a fait disparaître entièrement pour mettre à sa place le régime dotal ; et en second lieu de juger de l'importance respective des divers régimes et par suite, des raisons qui devaient décider du choix fait par le B. G. B. d'un régime légal (2).

On verra aussi par les dates de quelques sources principales, restées en vigueur jusqu'à cette époque, quel caractère ancien avait conservé le droit allemand encore au XIXe siècle.

A) Le régime dotal tel qu'il est établi dans le droit romain se rencontre :

1° Dans le royaume de *Prusse :* dans les provinces de Westphalie, de Hanovre (avec exception dans ces deux provinces des régions où règne la communauté soit universelle, soit particulière) ; dans la province de Hesse-Nassau (à l'exception des classes rurales) ;

2° Dans le royaume de *Bavière* : dans les régions de la Haute-Bavière, de Souabe, de la Franconie (Haute, Basse et Moyenne) ;

(1) Cf. *Bericht der Bamberger Hofgericht an das Kammergericht zu Wetzlar*, 1748.

(2) Il faut remarquer, d'ailleurs, que souvent plusieurs régimes différents existent concurremment dans une même région ; soit que certains d'entre eux soient spéciaux à une certaine classe de la population, soit même qu'ils se présentent indifféremment dans toutes les classes.

3° Dans quelques parties du grand-duché de Hesse-Darmstadt ;

4° Dans les grands-duchés de Mecklembourg-Schwerin (sauf dans plusieurs régions de communauté) et de Mecklembourg-Strelitz ;

5° Dans tout le pays du duché de Brunswick ;

6° Dans toute la principauté de Waldeck.

B) Le système de la Gütereinheit ou de la Verwaltungsgemeinschaft du Sachsenspiegel est resté propre aux pays du Nord ; mais dans cette partie de l'Allemagne, il couvre une très grande étendue, et se trouve par suite, quant au chiffre de la population dont il constitue le régime matrimonial, être le plus important de l'empire. On le trouve :

1° Dans le royaume de *Prusse* : dans les provinces de Saxe, de Poméranie, de Brandebourg, de Schleswig-Holstein, de Hanovre, de Hesse-Nassau ;

2° Dans tout le royaume de Saxe ;

3° Dans le grand-duché de Mecklembourg-Schwerin ;

4° Dans les grands-duchés de Saxe-Weimar, et de Saxe-Gotha ;

5° Dans les duchés de Saxe-Meiningen et de Saxe-Altembourg ;

6° Dans le grand-duché d'Oldenburg ;

7° Dans le duché d'Anhalt ;

8° Dans les deux principautés de Schwarzbourg ;

9° Dans les deux principautés de Reuss ;

10° Dans la principauté de Lippe ;

11° Dans la ville de Lübeck ;

12° Dans la ville de Hambourg.

C) Le régime de la communauté universelle se rencontre encore dans de très nombreuses régions, et ses principes reposent sur le droit très ancien. On peut classer ce régime en trois catégories différentes selon les dispositions qu'adoptent les différents droits pour le cas de dissolution d'une « beerbte Ehe ».

a) Dans une première classe, on trouve le système du par-

tage avec certains droits attribués au survivant sur le patrimoine recueilli par les enfants (1).

b) Dans la seconde, règne le principe de la communauté continuée (fortgesetzte Gütergemeinschaft) (2).

c) Enfin dans la dernière le survivant recueille seul tout le patrimoine (3).

La communauté universelle se rencontre à la fois au Nord et au Sud, mais surtout dans cette dernière région, plus que l'autre soumise, à l'origine, à l'influence du droit franc. Elle existe :

1° Dans le royaume de *Prusse :* dans les provinces de la Prusse orientale et occidentale (4), de Poméranie (5), de Westphalie (6), de Hanovre ; dans la principauté de Hohenzollern (7) ; dans les provinces de Schleswig-Holstein, de Hesse-Nassau (8) ;

2° Dans le royaume de *Bavière :* dans la Haute-Franconie (Bayreuth (9), Bamberg (10), la Moyenne-Franconie (Hohenlohe (11), Nuremberg (12), Dinkelsbühl (13), la Basse Franconie (Wurzburg (14) et en Souabe ;

(1) Landrecht Prussien, Constit. de Bayreuth. — Reformation de Nuremberg

(2) Stettin, Westphalie (loi de 1860), Bamberg (Landrecht de 1769), Erbach, Wimpfen

(3) Hambourg, Breme.

(4) Communauté universelle du Landrecht Prussien ; ce régime n'existe pas pour la noblesse.

(5) Landrecht Prussien et Stadtrecht de Stettin.

(6) Loi de 1860.

(7) C'est encore une communauté de droit coutumier.

(8) Régime du Stadtrecht de Fulda.

(9) Landesconstitution de 1722.

(10) Landrecht de 1769.

(11) Landrecht de 1731.

(12) Reformation de 1564.

(13) Stadtrecht de 1738.

(14) Landgerichtsordnung de 1618.

3° Dans le grand-duché de Hesse-Darmstadt (1);

4° Dans les grands-duchés de Mecklembourg-Schwerin et Mecklembourg-Strelitz ;

5° Dans les duchés de Saxe-Meningen et Saxe-Coburg-Gotha ;

6° Dans les principautés de Schwarzburg-Rudolstadt et de Lippe-Detmold ;

7° Dans les villes de Hambourg (2) et de Brême (3).

D) La communauté d'acquêts a pris une place importante dans les diverses régions d'Allemagne. Elle se rencontre :

1° Dans le royaume de *Prusse :* dans la province Rhénane (4), dans les provinces de Hohenzollern (5), de Schleswig-Holstein, de Hanovre, de Hesse-Nassau (6) ;

2° Dans le royaume de *Bavière :* dans la Haute et Basse Bavière (7), dans l'Oberpfalz (8), en Souabe, dans la Haute (9) et Moyenne (10) et Basse (11) Franconie ;

3° Dans le royaume de Wurtemberg (12) ;

4° Dans le grand-duché de Hesse-Darmstadt ;

5° Dans les grands-duchés de Saxe-Meiningen et de Saxe-Coburg-Gotha.

E) La communauté des meubles et d'acquêts, comprend deux formes semblables, mais différentes par leur origine :

(1) D'après le vieux Landrecht d'Erbach dans le comté d'Erbach, et d'après le Stadtrecht de 1775 pour la ville de Wimpfen.

(2) Stadtrecht de 1603.

(3) Statut de 1433.

(4) D'après le Landrecht de Mayence de 1755.

(5) Landesordnung de 1698.

(6) D'après la Reformation de Francfort de 1758.

(7) Landrecht bavarois de 1756.

(8) Landrecht de 1756.

(9) Landrecht de Bamberg de 1769.

(10) Reformation de Nuremberg de 1564.

(11) Landrecht de Mayence de 1755.

(12) Landrecht de 1610.

l'une est la communauté du droit allemand, l'autre est celle du Code Napoléon (1).

La première se rencontre :

1° Dans le royaume de Prusse : dans la province Rhénane (2) ;

2° Dans la principauté de Schwarzburg (3).

La seconde :

1° Dans le royaume de Prusse : dans la province Rhénane avec exception de Rees, Essen, Duisbourg ;

2° Dans le royaume de Bavière ;

3° Dans le grand-duché de Bade ;

4° Dans le grand-duché de Hesse-Darmstadt ;

5° Dans le grand-duché d'Oldenburg ;

6° En Alsace-Lorraine (4).

III. — Il est intéressant, pour la question, que nous traiterons plus loin (5), de la situation de la femme dans notre régime du Code Civil, et en général de sa situation dans notre droit coutumier (6), de résumer, dans une vue d'ensemble, les principes établis par le pur droit franc dans les régions de communauté soit universelle, soit particulière de l'Allemagne. Nous allons, comme dans l'étude des régimes matrimoniaux allemands, distinguer deux époques, mais il est à remarquer que l'époque récente conserve à la femme la situation du droit ancien.

(1) Sur l'extension du Code Napoléon ; en Allemagne, cf. *infra*, p.

(2) Kurkölnischen Rechtsordnungen de 1663.

(3) Statut de 1558.

(4) Voici quelques chiffres indiquant l'importance relative de chacun des régimes par rapport à la population totale de l'Allemagne :

Régime dotal	2.740.000	habitants
Communauté d'administration..	13.240.000	—
Communauté universelle	11.280.000	—
Communauté d'acquêts.........	6.740.000	—
Communauté de meubles et d'acquêts, soit du droit allemand, soit du Code Napoléon	9.800.000	—

(5) Cf. *infra*, chap. V, p. 479 et ss.

(6) Cf. *infra*, chap. III, p. 28 et ss., p. 321 et ss.

Moyen-âge. — Dans le régime de la communauté franc, la femme est une associée du mari, au même titre que lui. et *en principe*, elle a, à l'égard de la masse patrimoniale, les mêmes droits d'administration et de disposition que lui.

Mais, en fait, les droits de la femme se trouvent placés au second plan en vertu des pouvoirs du mari. Dans l'organisation de toute communauté zu Gesammter Hand se trouve au-dessus des membres, pour faciliter la gestion des biens et l'accomplissement des actes nécessaires, un pouvoir qui les représente dans son action personnelle (1). La communauté entre époux ne fait que se conformer à cette règle que nous rencontrerons absolument semblable dans les communautés de cohéritiers et les sociétés tacites de la même époque (2). C'est au mari comme chef de la communauté, que sont réservés le droit d'administrer le patrimoine commun et celui d'en disposer. A l intérieur ce pouvoir de chef apparaît encore, car si le mari représente la femme à l'extérieur, sa volonté domine à l'intérieur ; la femme doit lui obéir ; et dans le droit très ancien le mari, qui est son maître, peut la punir, l'enfermer, et même la laisser mourir de faim, la tuer (3).

Le rôle effectif, d'associée, de la femme s'efface donc devant celui du chef. Mais elle n'en reste pas moin toujours une associée, dont le droit égal à celui du mari, se révèle encore en bien des circonstances.

D'abord sa qualité de copropriétaire en main commune se fait jour dans les cas où le mari ne peut, sans son consentement, aliéner des immeubles communs, ce qui est la règle générale au moyen-âge. Et d'ailleurs il faut remarquer que si le pouvoir de disposer des biens communs appartient, sauf exceptions, au mari seul, l'aliénation que la femme aurait faite d'un de ces biens n'était pas nulle ; le mari avait

(1) Cf. *supra*, chap. I., p. 57 et ss.

(2) Cf. *infra*, chap. IV, p. 356, 367, 406.

(3) Cf. Schrœder : op. cit., 2e partie, p. 100

simplement une sorte de droit de revendication sur les biens ainsi distraits. De même les contrats passés par la femme. sans le consentement du mari ne sont pas nuls non plus ; seulement les créanciers ne peuvent en poursuivre l'exécution sur le patrimoine commun ; mais, après la dissolution, les droits du mari sont tombés, et ces conventions peuvent être exécutées sur le patrimoine de la femme.

Il y a d'autres situations dans lesquelles le droit propre de la femme apparaît clairement.

D'abord c'est en vertu de sa qualité de propriétaire en main commune que son droit de disposition s'étend lorsque le mari l'autorise à exercer un commerce. Dans ce consentement du mari il ne faut voir qu'une abdication, de la part de ce dernier, de son droit de chef, ce qui permet à la femme d'exercer effectivement sur la communauté les droits qui lui appartiennent en principe (1).

En outre la femme se trouve avoir dans le droit franc une place tout à fait spéciale de ménagère et de mère ; rôle dans lequel sa qualité d'associée lui donne des pouvoirs un peu restreints il est vrai, mais propres. En raison de cette situation de directrice du ménage, elle a le pouvoir d'obliger le patrimoine commun et le mari pour toutes les dettes qu'ont nécessitées les besoins de la maison; et dans certaines législations elle peut même disposer librement des objets destinés à son usage et contracter des dettes modiques en dehors de la sphère du ménage (2).

Mais c'est dans les cas où le chef de la communauté se trouve empêché d'agir que la femme apparaît manifestement comme une associée capable au même titre que le mari, et simplement soumise à son pouvoir.

Lorsque le mari disparaît, la femme prend l'administration de la comunauté qui se trouve sans direction, et elle peut même aliéner tous les biens de la masse sans assistance ;

(1) Cf. Stobbe : *Handbuch.*, IV, § 215. — Beseler : *System.*, § 134.

(2) Cf. Stobbe : *Handbuch.*, IV, § 220. — Schrœder : op. cit., 2e partie, 2o, p. 160

d'aucune sorte; dans quelques droits elle se trouve simplement soumise à la nécessité d'accomplir pour ces actes certaines formalités (1). Mais elle ne peut en général contracter de dettes qu'en cas de nécessité (2).

Ce même pouvoir de la femme se retrouve dans divers droits lorsque le mari est simplement malade; et quelques législations même l'autorisent à prendre la direction de la communauté au cas de mauvaise administration du mari.

Epoque postérieure. — Les principes du moyen-âge qui faisaient de la femme une associée égale au mari sont restés les mêmes et les droits de la femme se trouvent toujours reportés au second rang en vertu de la place de chef qui appartient au mari, lequel n'a d'ailleurs plus à l'intérieur sur la femme les pouvoirs un peu barbares que lui accordait le droit primitif.

Et dans cette période nous rencontrons toujours les mêmes exceptions aux pouvoirs du mari, en faveur de la femme, encore basées sur la qualité d'associée de celle-ci.

De même que la femme pouvait jadis contracter des dettes modiques et s'obliger par des contrats de peu d'importance, elle a encore ce droit en vertu d'un pouvoir propre de ménagère, de son « *Schlüsselgewalt* ». C'est non seulement pour elle un droit de diriger le ménage; elle en a le devoir. Elle peut, pour la direction de ce dernier, contracter des obligations sans le consentement du mari; et ce n'est en vertu ni d'un mandat exprès, ni d'un mandat tacite de ce dernier que la femme possède ce droit; en raison d'une règle juridique allemande, c'est à la femme qu'incombe, comme droit propre, la direction du ménage; et en vertu de ce droit propre elle oblige le patrimoine commun, et c'est le mari qui, dans le doute, est considéré comme contractant et est tenu. (3)

(1) Stadtrecht de Bamberg, § 322.

(2) Ainsi à Nuremberg, à Francfort, l'aliénation des immeubles n'est permise que dans le même cas. — Cf. Schrœder : op. cit., 2me partie, 2o, § 6.

(3) Cf. Stobbe : *Handbuch* IV, § 229 et p. 146, note 4.

Ce pouvoir propre de la femme n'est d'ailleurs pas sans limites ; elle doit en général se conformer dans les obligations qu'elle contracte, à la situation pécuniaire de la communauté et à la volonté présumée du mari. Celui-ci peut en outre retirer à la femme ce droit, car ce dernier n'est qu'une fraction du pouvoir de chef du mari attribuée à la femme comme associée ; et le mari peut revendiquer l'exercice de ses droits de chef au complet, lorsque son co-communiste abuse de la partie de ces droits que la loi lui confère. Le mari est nécessairement tenu de porter ce retrait de pouvoirs à la connaissance des tiers, mais une notification par la voie des journaux ne suffit pas ; il faut que les tiers soient avertis individuellement ou bien par un jugement.

Nous retrouvons encore à cette époque la situation d'associée de la femme lorsque le mari est malade ou qu'il est absent. Dans ce cas, la femme prend sa place dans l'intérêt de la communauté ; la femme peut demander également que le mari soit privé de l'administration du patrimoine commun lorsqu'il disparaît ou qu'il agit en mauvais administrateur (1).

Enfin lorsque la femme, du consentement exprès ou tacite du mari, fait un commerce séparé, c'est encore en raison de son droit de propriétaire en main commune du patrimoine conjugal, qu'elle contracte, sans le consentement du mari, des obligations qui sont à la charge du Stammgut. (2)

(1) Cf. Stobbe : *Handbuch*, IV, p. 148, note 11. — Schrœder : op. cit., 2e partie, pp. 149, 152.

(2) Soit au moyen-âge, soit dans les droits de l'époque postérieure, c'est à la dissolution que ce principe de l'égalité des droits des deux époux, effacé pendant le mariage par l'autorité maritale, apparaît avec le plus de clarté ; en effet, dans le Verfangenschaftsrecht de la première période, dans le Verfangenschaftsrecht et la fortgesetzte Gütergemeinschaft de la seconde, le survivant quel qu'il soit, mari ou femme, a les mêmes droits d'administration (sauf quelques rares exceptions) sur le patrimoine commun ; c'est là encore une preuve que le droit propre de la femme existe ; car sitôt que le pouvoir du mari disparaît, c'est elle qui prend sa place.

Section IV

§ I. — La question de savoir quel était le caractère juridique de la communauté entre époux dans les diverses formes des législations qui existaient en Allemagne avant l'œuvre unificatrice du B. G. B. n'a pas donné lieu à moins de controverses en ce pays qu'en France à propos du régime de notre Code civil. Et il est à remarquer que la discussion a parcouru les mêmes étapes successives que chez nous ; mais la dernière solution à laquelle s'est arrêtée la doctrine allemande, et qui est due aux recherches récentes sur les origines franques du régime, n'a pas encore trouvé place parmi les opinions de la science juridique française ; il serait à souhaiter cependant que les quelques notes que nous donnons dans ces pages sur le système de la Gesammte Hand et sur la conception qu'adoptent nos voisins à propos de la communauté entre époux, jointes à l'active campagne que M. Saleilles a entreprise en faveur de cette théorie, qu'il soutient vivement chaque fois que l'occasion s'en présente, fit pénétrer chez nous, et appliquer ces principes si simples de la propriété en main commune.

La communauté de biens entre époux a été longtemps considérée en Allemagne comme une *societas* du droit romain. Les plus anciens jurisconsultes qui traitent de la question, comme Lauterbach (1), n'émettent pas d'autre opinion ; et Mévius, qui, dans le droit de Lubeck, semble constater que ce régime matrimonial diffère dans sa structure de la societas romaine, ne peut au fond se départir de cette conception. (2).

Les auteurs d'une époque postérieure, toujours sous l'influence du droit de Rome, remplacent cette théorie d'une societas par l'idée d'une *communio*, c'est-à-dire d'une co-pro-

(1) *Dissert. de communione bonorum conjugale*, 1661.

(2) *Ad jus Lubec.*, lib. I, tit. 5, art. 5.

priété par quotes idéales. Et encore aujourd'hui, le principe d'une co-propriété trouve de nombreux défenseurs (1).

D'autres, au contraire, ont considéré le mari comme seul propriétaire de la masse commune. Dunker est un chaud partisan de cette idée, et il s'appuie pour soutenir son opinion, sur l'interprétation doctrinale et judiciaire française de l'art. 225 de la coutume de Paris qualifiant le mari de « seigneur et maître » de la communauté (2). Kraut pour Lübeck, et Baumeister pour Hambourg, sont du même avis (3).

Enfin, pendant fort longtemps, l'idée que la communauté entre époux est une personne juridique a été vivement soutenue. Cette opinion s'est fait jour au commencement du

(1) Runde : *Deutsch. Ehel. Güterr.*, §§ 58, 59, 83. *Deutsch. Civilrecht*, §§ 59, 63. - Euler : *Zeitsch. f. Deutsch. Recht*, p. 14. *Güter. u. Erbrecht, z. F. a. M.* p. 80. — Wachler : *Deutsch. Privatr.*, I, p. 726. Gerber : *Deutsch Privatr.*, §§ 57, 233. — *Gerber's u. Iehring's Iahrbuch* I. 1857, p. 243. — Walter : *Deutsch. Privatr.*, § 208. — Mittermaier : *Deutsch Privatr.*, II, § 155, 399. — Maurenbrecher : *Deutsch. Privatr.*, § 146. — Philipps : *Deutsch. Privatr.*, II, §§ 140, 141. — Roth. qui, dans son article *Ueber Gütereinheit u. Gütergem.* dans *Bekcer's u. Muther's Iahrbuch*, III, 1859, p. 355, considère la théorie de la communio comme un non sens, y revient et l'applique seule dans son *Deutsch. Privatr.*, § 102. Cf. *Bayer. Civilr.*, II, § 75. Quelques droits même, sous l'influence de cette doctrine romaine, considèrent les époux comme propriétaires par quotes-parts ; ainsi à Nuremberg où ils sont co-propriétaires par moitié, et dans la principauté de Hohenlohe où le mari est co-propriétaire pour 2/3 et la femme pour 1/3. Cette théorie de la co-propriété a été soutenue aussi à une certaine époque en Bavière et en Prusse. — Cf. *contra*, Schwarz : op. cit., § 33.

(2) Dunker : *Das Gesammteigenthum*, § 22, cf. *supra*, p. 97.

(3) Cf. Sarrau : *Prüfung der bisherig. Aussichten von der ehel, Güterg. in den Herzohthümern Schleswig u. Holstein.* — Tropp : *Heisse u. Tropp Jurist. Abhandl.* II, pp. 427 et suiv. — Cf. *contra*, Stobbe : *Handbuch*, IV, § 239, qui démontre que le mot « *seigneur* » signifie bien moins « *propriétaire* » que « *Herr* », c'est-à-dire « chef ». — Zachariæ : op. cit., III, § 505. — Bluntschli : *Deutsch. Privatr.*, § 208. — Schwarz : op. cit., § 33.

siècle avec Müller (1), qui a été suivi dans cette voie par Runde (2), Danz (3), Kraut (4), Gengler (5). Mais la théorie a été développée avec une clarté particulière par Hasse (6); et après lui elle a duré longtemps, soutenue par des auteurs comme Eichhorn (7) Deiters (8) et tout nouvellement par Schmitthenner (9).

En dernier lieu la nouvelle doctrine, grâce aux travaux récents sur les sources et les formes premières du régime, applique une conception d'origine germanique à la communauté entre époux. Tandis que quelques rares auteurs comme Beseler (10), auquel il faut peut-être joindre Bluntschli (11),

(1) *Versuch einer Entwiklung und Darstellung des frænkisch. Gewonheitsrecht von der ehel. Güterg.* — A la suite de la théorie développée par Müller, la Landesordnung de Castell a admis l'idée d'un être moral.

(2) Dans son *Deutsches Privatrecht*, § 603.

(3) *Commentar zu Runde*, Beitrage, II, p. 427.

(4) *Vorm.*, II, p. 332.

(5) *Lehrb. d. Deutsch. Privatr.*, p. 1096.

(6) *Beitrag. zur Revision der bisherig. Theorie von der ehel. Güterg.* 1808, § 14. — Cf. *Skizze des Güterrechts der Ehegatten nach einig. den ælttesten Deutsch. Rechtsquellen*, dans *Zeitschr. f. Rechtswiss.*, IV, 1818, p. 96. — Il ne peut y avoir de quotes-parts dans la masse commune, dit-il, car si chaque époux avait droit à une quote-part, il n'y aurait pas pleine communauté; cette absence de quotes-parts ne peut s'expliquer qu'en considérant le patrimoine des époux comme une personne juridique.

(7) *Deutsch Privatr.*, §§ 168, 169, 300, 307, 308, 399.

(8) *Die ehel. Güterg. nacht den münsterchen Provinzialrecht*, p. 135.

(9) *Deutsch. Güterrecht d. Ehegatten mit besond. Anwend. auf. den. Kœnigl. Preuss. ostrheinisch. Bezirk*, p. 36. Contre l'idée de la personnalité, cf. Stobbe : *Handbuch*, IV, p. 223. — Bluntschli : *Deutsch. Privatr.*, § 208.

(10) *System.*, II, § 120, 134, 140. Cf. principalement *Volksrecht u. Juristenrecht.* 4 où il est très précis dans ce sens.

(11) Bluntschli semble très hésitant entre l'idée d'une personne juridique (*Deutsch. Privatr.*, § 39) et celle d'une Genossenschaft (*Id.*, § 58). Dans le § 208, il dit encore que la communauté qui est un « *Zweieinigkeit* » n'est pas une universitas, mais que cependant « *die Einheit der beiden Ehegatten eine organische sei* ».

penchent du côté de la théorie particulièrement chère au premier, et voient dans cette situation patrimoniale une « *Genossenschaft* », la plupart des jurisconsultes trouvent l'explication des principes de notre institution dans la forme de propriété allemande et franque du « *Miteigenthum zu Gesammter Hand* ».

L'initiateur de cette idée d'une propriété collective dans laquelle les époux n'ont pas de droits individuels et dans laquelle la masse patrimoniale apparaît comme une unité, sans constituer pour cela un être moral, fut l'auteur connu sous le pseudonyme de Justus Veracius.

Voici sa théorie :

« Argumentum hoc communionis bonorum proprie sic dictum Ein versamlet Hab und Guet nostra longo alio sensu, quam in jure romano, accipi atque tractari solet ; Romanis enim et omnibus iis, qui solis eorum legibus vivunt, communio rerum aliud nihil est quam si plures rem unam pro indiviso possident, ita tamen ut jure ipso res divisa et nemo possessorem in solidum, sed pro parte tantum rei dominus sit : quæ omnia alia sunt in nostra communione bonorum, qua de acturi sumus ; per eam enim sic utriusque conjugis bona confunduntur, ut quivis eorum totius patrimonii in solidum dominus sit, et quæ uxoris fuerunt, jam et ejusdem mariti sunt ; vicissim quæ maritus habuerat, jam sua et uxoris suæ sint, uno verbo, *et maritus et uxor jure dicere potest, totum patrimonium meum est* (1). »

Cette théorie, qui fut d'abord considérée à l'époque de Justus Veracius comme une anomalie particulière au droit de Bamberg, n'était en réalité encore que la propriété solidaire du droit romain ; ce n'était pas l'idée exacte du véritable Miteigunthum zu Gesammter Hand ; mais cette doc-

(1) *Libellus consuet. princip. Bambergensis autore Justo Veracio primum in lucem editus anno Christi* 1681. — Tit. communio bonorum inter conjuges. quaest., I.

trine, suivie par Lange (1), Scherer (2), ouvrait la voie à la conception plus exacte d'une copropriété en main commune.

Dans ce dernier système chaque époux n'est ni copropriétaire du tout, ni copropriétaire pour une part déterminée de la masse commune. A chacun d'eux il n'appartient qu'un droit dont la quotité est indéterminée, aussi longtemps que dure le mariage ; car pendant tout ce temps la masse des biens séparés qui forme le patrimoine conjugal apparaît comme la propriété des deux époux en commun, de la communauté qu'ils forment dans leur union, absolument comme si le sujet unique de ce patrimoine n'était réellement qu'une seule personne, au lieu d'être le composé de deux individualités. C'est pourquoi, durant l'union conjugale on ne voit jamais apparaître un droit particulier à l'un des conjoints sur une certaine part du patrimoine commun ; chacun d'eux, non seulement lorsqu'ils agissent ensemble, mais même lorsque le mari seul ou la femme seule accomplissent dans la limite de leurs droits, certains actes de disposition, les conséquences de ces actes ne se restreignent pas à une part déterminée du Gesammgut ; elles portent au contraire indistinctement sur son ensemble, et les deux époux se trouvent liés par l'obligation régulièrement contractée par l'un d'eux seulement.

La doctrine, qui considère la communauté entre époux comme une Gemeinderschaft zu Gesammter Hand, compte actuellement en Allemagne de nombreux partisans tels que Stobbe (3), Schwarz (4), Heusler (5) et enfin Giercke qui a développé l'idée d'une façon magistrale dans sa *Genossens-*

(1) *Rechtslehre der Gemeinschaft der Güter.* Bayreuth, 1766.

(2) *Die verworrene Lehre der allgem. Güterg.*, 1769. — Cf. Stobbe : *Handbuch*, IV, p. 227.

(3) *Handbuch*, II, § 82. IV, § 239. *Zeitsch. f. Rechtsgesch.*, IV, nº 3.

(4) Op. cit., § 33.

(5) *Inst.*, I, § 51 et 53.

chaftstheorie (1). Et avant l'entrée en vigueur du nouveau Code civil. la pratique interprétait d'une façon presque générale cette institution dans le sens d'une communauté de propriété ; l'idée de personne juridique se trouvait peu à peu abandonnée par les tribunaux qui se rapprochaient de plus en plus de la conception d'une communauté au sens germanique (2).

Il faut remarquer d'ailleurs, que la théorie de la Gesammte Hand est admise sans discussion aussi bien lorsqu'il s'agit de la communauté particulière que dans le cas de la communauté universelle ; ce n'est là qu'une conséquence de ce fait évident que les principes fondamentaux se trouvent être restés les mêmes dans la forme postérieure d'une masse commune d'étendue plus restreinte mais de caractère identique (3). Et l'on est d'accord dans les deux cas pour accepter l'idée d'une communauté de propriété sans personnalité.

§ 2. — En effet, à l'opposé du système dotal romain, c'est le lien conjugal, la communauté des personnes, qui est le fondement de la communauté de biens entre époux (4) ; aussi, la confusion, totale ou partielle, des deux patrimoines des époux, qui se produit, soit au moment de la conclusion du mariage, soit à une époque postérieure, par la seule vertu de la loi, et sans qu'il soit besoin d'une mise en commun effective, réelle, disparaît-elle avec la rupture du lien conjugal (soit par la mort, soit par le divorce) ; et elle ne naît même pas lorsque le mariage est nul, car alors le lien conjugal,

(1) *Die Genossenschaftstheorie*, chap. III, sect. I et II. — *Deutsch. Privatr.*, pp. 670, 674, note 72 ; p. 680, notes 87, 109.

(2) Cf. Stobbe : *Handbuch*, IV, p. 228, note 30. – Giercke : *Genossenschaftstheorie*, p. 369 et note 2.

(3) Cf. *supra*, p. 182. Stobbe tout en étant du même avis prétend cependant que l'on repousse avec moins de précision dans la communauté particulière la conception romaine (*Handbuch* : IV, p. 276).

(4) Cf. *supra*, chap. I, p. 19, p. 41. — . Giercke : *Genossenschaftstheorie*, p. 367.

sur lequel la communauté repose nécessairement, n'existe pas (1).

L'objet de cette communauté de biens est un patrimoine dans son entité (Vermœgen als ganzes); que la communauté soit universelle ou bien particulière, elle comprend sous cette conception unitaire d'une masse commune, un composé juridique patrimonial spécial ou « *Vermœgenkomplex* » qui reste toujours identique malgré les changements possibles de ses éléments composants (2).

L'existence propre de cette entité juridique se manifeste à l'extérieur par la séparation existant entre le patrimoine conjugal et les patrimoines propres de chacun des époux (3). Cette conception d'une unité distincte comme objet de la communauté entre époux apparaît d'ailleurs aussi à l'intérieur : d'une part, c'est à elle qu'est dû ce principe que tout droit et toute obligation qui doivent appartenir à la masse commune, en font immédiatement et irrévocablement partie par le seul fait de leur naissance ; et d'autre part, cette séparation des patrimoines permet de comprendre cette constitution d'une communauté dans laquelle les règles relatives à la propriété de la masse commune et aux droits et obligations qui y sont compris se trouvent différentes de celles qui s'appliquent aux éléments distincts et séparés du bien commun.

Le sujet de la communauté est représenté par les deux

(1) Cf. Giercke : op. cit., p. 372, 374, 376, le principe ne change pas lorsqu'il s'agit d'une communauté conventionnelle : « so ist die Vereinbarung der Gütergemeinschaft kein blos obligationrechtlicher sondern ein *personrechtlicher* Vertrag, welcher den Einfluss der persœnlichen Lebensgemeinschaft auf die gemeinschaftlichkeit der Vermœgenssphæren über das gesetzlich fixirte Mass hinaus erstreckt. » — Cf. Beseler : *System.*, II, § 130. — Stobbe : *Handbuch*, § 227. — Roth : *Deutsch. Privat.*, § 93.

(2) Giercke : op. cit., p. 377.

(3) Il faut remarquer que dans la communauté universelle cette séparation ne peut exister qu'au cas où les époux se sont constitués des propres par convention. Cf. Roth : *Deutsch. Privatr.*, § 117. — Stobbe : *Handbuch*, IV, p. 275.

époux dans l'union juridique de leurs personnes (Personenrechtliche Verbundenheit) (1). Ni le mari d'une part, ni la femme d'une autre, ne sont propriétaires soit du tout, soit d'une quote-part déterminée comme d'une moitié, par exemple ; ils sont propriétaires tous les deux en communs, « *ingesammt,* » sans délimitation exacte (2).

Dans cette communauté de propriété des deux conjoints, il n'y a pas place pour des droits appartenant en particulier à l'un d'eux, d'une façon déterminée ; dans l'intérieur de ce patrimoine commun, on ne distingue pas de quotes-parts, tant que dure la communauté ; et lorsque, en considération de l'éventualité d'un partage à venir, l'idée de quotes-parts déterminées semble pouvoir être admise déjà pendant l'union conjugale, et même lorsqu'en vertu d'une expression du droit positif elles doivent l'être, il ne s'agit toujours que d'une image sans base véritable : car ces quotes-parts n'ont pas de contenance réelle, ne sont en aucun cas la mesure du droit d'un époux soit à l'administration, soit à la jouissance du patrimoine commun ; elles ne sont même pas réalisables, car un époux ne peut disposer de cette quote-part, et ne peut même lui donner la vie par une action en partage. Il ne peut donc y avoir là pour chaque époux qu'une solide expectative d'une partie de ce Gesammtgut pour le cas de dissolution de la communauté conjugale (3).

Cette expectative même peut ne pas exister ; c'est ce qui se rencontre dans les droits qui, à la mort de l'un des époux, ont conservé l'ancien principe d'accroissement de la communauté zu Gesammter Hand (4) : ici le survivant recueille

(1) Giercke : op. cit., p. 380.

(2) Cf. *supra*, chap. I, p. 46. — Stobbe : *Zeitsch. f. Rechtsgesch.* IV, n° 3.

(3) Cf. Giercke : *Genossenschaftstheorie*, p. 389. — Stobbe : *Handbuch*, IV, pp. 221-222. — Hasse : *Zeitsch. f. geschicht. Rechtswiss*, IV, 1818, p. 96, conclut à la même inexistence de quotes-parts ; mais il l'explique par cette idée fausse de la personnalité. Cf. *supra*, chap. II, p. 199, note 6. — Cf. *supra*, chap. I, p. 48.

(4) Cf. *supra*, chap. I, p. 53.

la totalité du patrimoine commun, et on ne trouve pas de part transmissible héréditairement. Il faut aller plus loin encore ; même dans les législations où la part de l'époux défunt pourrait donner lieu à un droit de succession, cette expectative pour le cas de dissolution du mariage peut faire défaut lorsqu'il y a des enfants ; car dans les régions où la communauté de biens subsiste dans son état pur et original, ces enfants prennent simplement la place du défunt dans la communauté de propriété qui ne s'est pas dissoute (1).

Par contre, cette expectative existe toujours lorsque le patrimoine commun, à la dissolution, se sépare en deux

(1) Cf. *infra*, chap. IV, p. 359. Pour le caractère de la situation juridique qui se forme à la dissolution entre les enfants et le survivant, Giercke, particulièrement parmi les autres auteurs, distingue deux cas.

Là où règne l'ancien principe d'accroissement, et où tout le patrimoine se trouve recueilli par le survivant, la situation est celle qui existait anciennement dans la famille, où les enfants ne formaient pas une communauté avec le père de famille. Cette théorie est d'accord avec celle qu'il adopte sur l'Einhand du père de famille. (Cf. *supra*, chap. I, p. 12). Cependant le principe de la Gesammte Hand règne encore ici en ce sens que les droits des enfants ne s'analysent pas en une quote-part déterminée, mais en une simple *Anwartschaft*. — Cf. Giercke : *Genossenschaftstheorie*, pp. 408, 410, note 1. — Gerber : *Deutsch. Privatr.*, § 236. — Heusler : *Inst.*, II, p. 235 — *Contra* Schrœder : Op cit., II, 2, p. 184. — Stobbe : *Handbuch*, IV, p. 129.

Au contraire, dans les régions où le principe d'accroissement n'a pas d'effet, il y a une véritable communauté zu Gesammter Hand formée entre les enfants et le survivant. Cette communauté continuée a lieu toutes les fois que les enfants prennent à l'égard du patrimoine commun la place du défunt, la communauté de propriété ne cessant pas. L'ancienne communauté entre époux devient une communauté entre l'un des époux et les enfants : les règles de cette nouvelle Gemeinschaf zu Gesammter Hand sont les mêmes que celles qui régissaient les époux, soit quant à l'objet, soit quant au sujet : le survivant se trouve, vis-à-vis des enfants, dans la situation qu'occupait durant le mariage le mari en face de sa femme. Giercke : *Genossenschaftsth.* p. 415 et ss. — Roth : *Deutsch. Privatr.*, § 111. — Stobbe : *Handbuch*, IV, § 241.

parts, l'une qui forme la succession du défunt, l'autre qui reste la propriété du survivant (1).

Dans la situation juridique des époux en regard du patrimoine commun, que nous désignerons sous le nom de « sphère commune » ou plutôt « sphère des droits communs », il faut traiter tout d'abord des droits d'administration, de représentation et de disposition des époux sur les biens de la communauté.

Au mari appartient le droit d'administrer librement le patrimoine commun ; il représente la Gesammte Hand sans restrictions, et il a même sur son objet un droit de disposition assez étendu, car il lui est permis même d'aliéner et de grever de droits réels les immeubles ; mais le mari administre, représente et aliène comme chef de la communauté conjugale, « *als Haupt der ehelichen Gemeinschaft* » (2), et comme tel il n'agit pas partie par son droit et en son nom propres, et partie par le droit et au nom d'un autre associé qu'il représente, mais par le droit de l'unité juridique que forment les deux époux dans leur union, au nom des deux époux intimement unis et sujets du patrimoine (3).

La femme aussi a dans divers cas le droit et le pouvoir d'administrer et de représenter le patrimoine conjugal ; tantôt c'est par suite de sa situation particulière de ménagère en vertu de laquelle elle a la « Schlüsselgewalt » (4) ; tantôt c'est par suite de la capacité qui lui est attribuée de prendre la place du Hausherr lorsque celui-ci se trouve empêché de remplir ces fonctions ; enfin c'est dans le cas où elle est industrielle ou commerçante. Mais dans ces diverses circonstances où elle dispose du Gesammtgut, c'est encore, ainsi que le

(1) Giercke : op. cit., p. 394.

(2) Giercke : op. cit., p. 382. — Roth : *Deutsch. Privatr.*, § 105. — Stobbe : op. cit , IV, § 141, n° 3.

(3) « Durchweg das einheitliche Recht der verbundenen Gatten im Namen des Ehepaares aus ». Giercke : Op. cit., p. 382. — Cf. *supra*, chap. I, pp. 38, 61.

(4) Cf. *supra*, chap. II, pp. 193 et suiv.

mari, comme représentant la communauté des deux époux qu'elle agit et contracte (1).

Ce pouvoir de représentation, ce droit de chef (Herrschaftsmacht) attribué à l'un des époux seul, aussi loin qu'il puisse aller, n'est pas la négation du principe de la Gesammte Hand ; il n'est que la résultante des nécessités de la vie commune (2). D'ailleurs, toutes les fois que ce pouvoir unitaire du mari ou bien de la femme cesse (ce qui se produit aussitôt qu'il s'agit de disposer de l'ensemble ou d'une quote-part du patrimoine commun, et en général d'un immeuble, ou qu'il s'agit de faire une libéralité ou tout autre acte juridique qui entraînerait une notable diminution, sans équivalent, de l'objet), les deux époux doivent agir ensemble : ce qui est l'esprit même de la constitution originaire de toute communauté zu Gesammter Hand (3).

La sphère des droits communs comprend encore la jouissance commune des biens du Gesammtgut, ainsi qu'une communauté de dettes dont nous allons parler.

A l'extérieur on voit apparaître en première ligne les obligations constituant le passif de cette entité juridique et patrimoniale qui forme l'objet de la communauté. Ce passif comprend les dettes qui grevaient l'apport de chaque époux, et celles qui, pendant le mariage, ont été contractées, soit par les deux époux ensemble, soit par l'un d'eux seulement à titre de représentant de la communauté ; il faut y

(1) « Sie erscheint jedoch hierbei ebenfalls als Repræsentantin des einheitlich zusammengefassten Ehepaars ». — Stobbe : *Handbuch*, IV, § 329. — Cf. Roth : *Deutsch. Privatr.*, §§ 106, 118, 128. — Giercke : op. cit., p. 384.

(2) Cf. *supra*, chap. I, p. 57, chap. II, p. 149, note 3.

(3) Nous avons vu (*supra*, chap. II, p. 177) que ce principe de la Gesammte Hand était encore respecté avant l'introduction du nouveau Code civil. Mais de nombreuses législations se contentaient de l'action du mari seul, avec simple consentement de la part de la femme, ce qui est toujours la même règle. Peu de lois s'en écartent en donnant seulement à la femme un droit de rescision. Cf. Roth : op. cit., § 105. — Giercke : op. cit,, p. 385, 387, *Deutsch. Privatr.*, notes 109, 113. — Stobbe : *Handbuch*, IV, § 238.

joindre les obligations que la loi met à la charge de ce passif, ainsi que celles provenant du délit commis par l'un des époux.

Subjectivement, ces dettes de la communauté obligent les deux époux dans leur union, sous la forme d'une communauté de dettes zu Gesammter Hand représentée par mari.

Objectivement, le patrimoine est tenu de ces charges dans son entité (als Ganzes), sans qu'on y distingue des parts séparées ou des parties composantes différemment affectées (1).

En dehors de cette obligation commune, il peut y avoir en outre une obligation personnelle à la charge de l'un ou même des deux époux. Dans la communauté universelle ces dettes sont en général aussi toujours dettes personnelles de chacun des époux ; cependant quelques législations n'admettent cette obligation personnelle que pour les dettes contractées commun. Mais partout l'obligation personnelle de la femme se trouve atténuée par le droit qui lui est accordé de se libérer en renonçant au patrimoine commun.

Dans la communauté particulière on rencontre de grandes divergences à ce sujet : l'obligation personnelle des époux pour les Gesammtschulden existe toujours, mais dans des formes différentes ; tantôt elle n'est imposée à l'un des époux que pour une moitié, ou bien seulement pour un tiers, tandis que l'obligation personnelle de l'autre époux porte sur l'autre moitié ou sur les deux autres tiers. Quelquefois même l'un des époux seul se trouve obligé personnellement et dans ce cas pour le tout (2).

A l'intérieur, en tant qu'une dette apparaît sous la forme d'une dette de la communauté, on ne peut parler pour cha-

(1) Cf. Giercke : op. cit , p. 400. — Roth : op. cit., § 119. — Stobbe : op. cit., IV, § 246.

(2) Cf. Giercke : op. cit., pp 401-402. — Stobbe : op. cit., V, p. 211. — Roth : op. cit., § 119. — Beseler : *System.*, II, § 129. — Gareis : op. cit., p. 38.

que époux d'une part dans cette obligation car, même après la dissolution, époque où se révèlent des quotes-parts des ayants-droit dans le patrimoine commun, le passif ne se partage pas au prorata de l'actif; l'actif seul, diminué du passif, est divisé et donne naissance à des quotes-parts.

Mais cependant l'obligation particulière qui se trouve liée à la Gesammtschuld apparaît à l'intérieur, relativement à l'époux à qui elle incombe, comme une obligation de contribuer à cette dette ; obligation qui n'a pas d'effet pendant la durée de la communauté, mais qui, à la dissolution, acquiert pleine efficacité en ce qu'elle peut donner lieu à un recours de l'un des époux ou de ses héritiers contre l'autre.

§ III. — Il est très important de remarquer à cette place que cette théorie de la Gesammte Hand, généralement acceptée pour la communauté universelle et la communauté particulière, est appliquée dans ce dernier régime aussi bien dans les régions où règnent des lois allemandes que dans celles où il est établi par notre propre législation, c'est-à-dire par le Code Napoléon.

A l'époque où ce dernier parut, l'Allemagne avait cru pouvoir trouver dans son application à tout le pays la réalisation de son désir d'une unité législative nationale (1).

Aussi au moment de la puissance de Napoléon son Code pénétra-t-il très rapidement en Allemagne et il fut appliqué dans un grand nombre de villes. Indépendamment des régions de la rive gauche du Rhin (2), le Code Napoléon fut appliqué en Westphalie (1808), dans la principauté d'Aremberg (1808), dans la ville de Dantzig (1808), dans le grand-

(1) Barazetti : *Einführung in das franzœs. Civilr. und das badische Landrecht*, § 5. — Zœpl. *Das germanische Element im Code Napoléon* dans *Zeitschr. f. Deutsch. Recht*, V, 1841, p. 110 et ss.

(2) A l'époque de la promulgation du Code Napoléon cette région formait une partie de l'empire français ; elle était donc soumise de plein droit à la législation nouvelle ; c'est pourquoi cette dernière s'y est implantée plus profondément que dans les pays de la rive droite.

duché de Berg (1810), dans le grand-duché de Bade (1810), dans le grand-duché de Francfort (1811), et dans le duché de Nassau (1812).

On avait formé le projet d'introduire la nouvelle codification dans le royaume de Bavière, dans le grand-duché de Hesse Darmstadt ; et la tendance manifeste de l'époque était d'en faire la législation de toute l'Allemagne. Ce vaste projet tomba avec la chute prématurée de l'Empereur. Cependant le Code Napoléon resta en vigueur dans de nombreuses régions comme législation définitive, et dans beaucoup d'autres même il servit de modèle aux lois nouvelles.

Avant la promulgation du B.G.B. on le trouve encore dans les pays allemands que l'on désigne d'un terme général sous l'expression de « die Lænder des rheinischen Rechts » et qui comprennent le grand-duché de Bade (1), la Bavière Rhénane (2), la Hesse Rhénane (3), la Province Rhénane du royaume de Prusse (4), la principauté de Birkenfeld et l'Alsace-Lorraine (5).

(1) Dans le grand-duché de Bade le Code Napoléon n'existe pas dans le texte original, mais dans une traduction officielle allemande ; dans les autres régions où on le rencontre, au contraire, il est en vigueur sous sa forme primitive.

(2) Province du royaume de Bavière située sur la rive gauche du Rhin et que l'on appelle aussi « Rheinpfalz ».

(3) Province du grand-duché de Hesse située sur la rive gauche du Rhin.

(4) Elle comprend la rive gauche prussienne du Rhin ainsi que les parties de l'ancien duché de Berg situées sur la rive droite qui revinrent à l'Allemagne après la chute de Napoléon.

(5) Le Code Napoléon régissait en Allemagne, 8,203,984 âmes, dont le total se décompose ainsi :

Grand-duché de Bade............	1.570.196	habitants
Bavière Rhénane................	667.281	—
Hesse Rhénane.....	277.153	—
Province Rhénane du royaume de Prusse	4.074.000	—
Principauté de Birkenfeld.........	38.685	—
Alsace Lorraine.................	1.566.670	—

Cf. Barazetti : op. cit., § 5. — Zœpl : op. cit., p. 112. — Roth :

Le régime de communauté du Code Napoléon est considéré en Allemagne comme étant d'origine germanique (1), et c'est sans aucune hésitation qu'on lui applique la théorie de la Gesammte Hand (2).

Barazetti dit expressément que dans le droit de Bade et des autres pays « des rheinischen Rechts » la communauté, entre époux du Code Napoléon est basée sur le principe d'une unité (Einheit) patrimoniale distincte et séparée (3). La femme y est l'associée du mari, et si le mari, comme chef de la société conjugale, a l'administration de la communauté, son épouse doit diriger le ménage, et a, « *sans mandat du mari* », sa « Schlüsselgewalt » pour tout ce qui concerne ce dernier; et en cas d'empêchement du mari la femme peut, sous certaines conditions, en vertu de son droit propre d'associée, avoir action sur le patrimoine (4).

Quant à la puissance maritale c'est exactement celle du droit allemand ancien dans son sens propre (5).

Deutsch. Privatr., I, p. 51, note 1. — Giercke, *Deutsch. Privatr.*, pp. 63 et ss.

(1) Cf. Barazetti : op. cit., § 7. — Zœpl : loc. cit.

(2) Giercke ne le distingue pas des autres régimes de communauté particulière. Cf. *Genossenschaftsth.*, chap. III, II — Bluntschli, après avoir construit en général la communauté entre époux comme un Gesammteigenthum, classe expressément, parmi les régimes d'Allemagne auxquels il applique cette théorie, la communauté de meubles et d'acquêts des régions où elle est établie par le Code Napoléon. Cf. *Deutsch. Privatr*, I, § 51.

(3) Barazetti : op. cit., p. 225.

(4) Barazetti : *Das Eherecht nach dem Code Napoléon und dem badischen Landrecht*, § 33, sous art. 1420, et sous art. 221, 222. — Cf. Behaghel : *Das badische bürgerliche Recht und der Code Napoléon*, I, § 51.

(5) Barazetti : op. cit., § 34. — Il est encore un des adeptes de l'ancienne doctrine allemande qui base cette puissance maritale sur le mundium ; nous avons vu (*supra*, p. 135 et p. 149, note 3) que cette doctrine est actuellement abandonnée ; les droits du mari viennent de sa position de chef de la communauté. — D'ailleurs un peu plus loin, dans le même paragraphe, Barazetti lui-même reconnaît qu'il n'y a pas là une véritable tutelle, mais une institution particulière au mariage ;

SECTION V

§ I. — Le B. G. B. semble s'être ressenti de l'influence des idées de la doctrine ancienne qui considérait l'institution de la Gütereinheit ou Verwaltungsgemeinschaft comme le système national de l'Allemagne, qui aurait servi de base aux autres régimes (1). C'est en effet la communauté d'administration du Sachsenspiegel et du Landrecht Prussien qui constitue le régime légal du nouveau Code (art. 1363 à 1425). On a donné plusieurs raisons principales de cette décision ; on a dit d'abord que ce régime était celui de la plus grande partie de la population d'Allemagne (2) ; et on a fait remarquer que ce système d'une administration commune semble assez pratique (3). Ce choix a d'ailleurs été critiqué vivement ; principalement pour cette raison qu'il n'est pas en harmonie avec la situation des classes rurales dans lesquelles le régime de communauté a toujours joui d'une faveur particulière (4).

Les biens des époux ne forment pas une masse soumise à la propriété commune des conjoints dans ce régime qui repose sur ces deux règles de l'ancien droit : « Mann und Weib haben kein gezweiet Gut bei ihrem Leib » et « Frauen-

la femme se trouve soumise au mari « non pas par un motif de protection, mais en vertu même de la situation conjugale ». Cf idem. p. 533 et la note 4 ; le mari n'est pas un tuteur ; il est le chef de l'association conjugale. — Cf. Stabel : *Vortræge über das franzœs. und badische Civilrecht*.

(1) Cf. *supra*, chap. II, p. 139.

(2) Cf. *supra*, chap. II, p. 192, note 4.

(3) Cf. Schrœder : *Das eheliche Güterrecht nach dem, B. G. B*, pp. 1 et suiv. — Barre : *le Code civil allemand et le Code civil français*. p. 195. — De la Grasserie : *le Code civil allemand*, Introduction, § LVI, cf, p. 289, note 5.

(4) Cf. une critique de ce régime légal dans Giercke : « *Personengem. u. Vermœgensinb. in dem Entwurfe* dans *Bekker's u. Fischer's Beitrage*, p. 88. *Beilage zur allgem. Zeitung*, 1895, n° 222, p. 3. »

gut soll weder wachsen noch schwinden (1) » ; dans l'unité apparente et externe du patrimoine conjugal, auquel peuvent s'opposer les biens réservés de la femme (Vorbehaltsgüter) (2), il y a une séparation interne de cette masse unifiée dans la main du mari, qui se divise en patrimoine du mari et patrimoine de la femme : le mari administre l'ensemble de ces biens et il en a l'usufruit (3); mais il est tenu de rendre compte de sa gestion relative aux biens de la femme (art. 1394). Il ne peut d'ailleurs disposer du patrimoine de cette dernière sans son concours (4); mais il peut être suppléé dans certains cas au consentement de celle-ci par une autorisation du tribunal des tutelles (art. 1379).

La femme ne peut aucunement disposer, sans le concours du mari, d'un bien ou d'un droit compris dans son apport (art. 1495, 1306); mais, dès qu'il ne s'agit plus de toucher à ces biens, elle peut s'obliger et même ester en justice sans le consentement du mari (art. 1399 et suiv.).

La femme peut également se passer du consentement du mari, pour disposer de ces biens lorsque celui-ci est malade ou absent (art. 1401) ; et même lorsque le mari refuse son consentement sans motifs sérieux, ce consentement peut être remplacé par l'autorisation du tribunal des tutelles (art. 1402) (5).

§ II. — Nous arrivons maintenant au régime de communauté entre époux. Les régimes de communauté, soit uni-

(1) Sur ce régime cf. Plank B. G B., V, pp. 100 et suiv — Barre : op cit., p. 107 et suiv. — Schrœder : op. cit., pp. 14 et suiv.

(2) Art. 1366 et suiv. La femme a le droit d'administrer ces biens et d'en disposer sans le secours du mari.

(3) Art. 1377 et suiv.

(4) Art. 1375. — Il y a cependant exception à cette règle pour l'argent et les choses fongibles (art. 1376).

(5) Barre : op. cit., §§ 138, 139.— Planck : op. cit., pp. 98, 182.— Endemann : *Einführung in das Studium des B. G. B.*, II, §§ 174, 180. — Schrœder : op. cit., § 1. Il faut mentionner ici, à côté de ce régime, le régime de séparations de biens, régime légal extraordinaire qui s'impose dans certains cas — Cf. Schrœder : op. cit., § 2.

verselle, soit particulière, soit purement conventionnels, et ne peuvent s'établir que par contrat de mariage.

Dans la communauté universelle (1), tous les biens des époux, à l'exception des biens réservés (2), deviennent communs et forment une masse séparée (Gesammtgut) qui est propriété commune des deux époux (art. 1438); tous les acquêts, et tous les biens que l'un des époux recueille par donation ou succession pendant le mariage et qui ne sont pas compris dans les biens réservés tombent dans cette communauté.

Le caractère juridique de cette institution est conçu par l'art. 1442 du B. G. B. d'après les principes admis par l'art. 719 pour la société civile (3), c'est-à-dire comme une copropriété en main commune (Miteigenthum zu Gesammter Hand), copropriété germanique sans quotes-parts déterminées. C'est pourquoi chacun des époux a le droit, pour tout bien dont l'inscription au Livre Foncier (Grundbuch) est requise, d'exiger le concours de l'autre pour que cette inscription puisse avoir lieu au nom de tous deux. C'est pourquoi aussi il ne peut demander le partage ni disposer soit de sa part, soit de certains biens en particulier du Gesammtgut (4); de même, le créancier personnel de l'un des époux, en raison de cette absence de quotes parts, ne peut poursuivre

(1) Art. 1437 à 1518. — Cf. Schrœder : op. cit., § 4.— Endemann : op. cit., 2, §§ 184, 187. — Planck : op. cit., pp. 200 et suiv. — Motive, IV, pp. 324 et suiv. — Protokoll, IV, p. 225 et suiv. — De la Grasserie : op. cit., Introd., § LVIII et pp. 305 et suiv. — Barre : op. cit., §§ 140 et suiv.

(2) Dans ce régime, le mari lui même peut avoir des biens réservés (art. 1440). Il faut distinguer des biens réservés, ou biens exclus de la masse par le contrat de mariage, les » *Sondergüter* » ou propres, biens et droits intransmissibles, qui se trouvent exclus du patrimoine commun en vertu de leur nature même (cf. Schrœder : op. cit., p. 51).

(3) Cf. *supra*, chap. I, p. 84.

(4) Art. 1442. — Chaque époux peut néanmoins disposer par testament de sa part dans le bien commun; nous en avons vu la raison, *supra*, chap. I, p. Cf. art. 1482, 1509, 1511 et suiv., 2331.

l'exécution de son droit pendant toute la durée de la communauté, sur la part de ce conjoint dans la masse (1) ; et grâce à l'existence d'un patrimoine séparé, un débiteur du Gesammtgut ne peut opposer la compensation qu'en alléguant une créance qui lui appartiendrait contre le bien commun, et non contre l'un des époux (2).

Au mari, comme chef de la communauté, appartient le pouvoir d'administrer cette masse ; il en a la possession, et il a le droit d'agir en justice en son nom pour tout ce qui concerne le Gesammgut. La femme ne se trouve pas personnellement obligée par ces actes d'administration du mari (3). Ce dernier n'est d'ailleurs pas responsable envers sa femme de la gestion de la fortune commune.

Les pouvoirs du mari se trouvent cependant soumis à diverses restrictions : en vertu de la Gesammte Hand, il ne peut sans le consentement de la femme, disposer de la totalité ou d'une quote-part de la masse commune (art. 1444), ni d'un immeuble qui en fait partie (4), et il ne peut faire seul aucune donation de biens communs (5).

Dans ces divers cas, le consentement que la femme refuse peut être remplacé par l'autorisation que le tribunal des tutelles accorde lorsque l'acte que veut accomplir le mari lui semble raisonnable (art. 1447).

Lorsque le mari agit sans le consentement de la femme, ou sans l'autorisation du tribunal des tutelles dans les cas où ils sont requis. la disposition est nulle sous certaines distinctions (6).

(1) Cf. art. 1410 Code civil.

(2) Cf. Schrœder : op. cit., pp. 50, 51.

(3) Art. 1443. — Cf. Schrœder : op. cit., p. 52.

(4) Art 1445. — Cf. Schrœder : op. cit., p. 52 et note 4. — Le mari dispose d'ailleurs librement des meubles et des droits assimilés (art. 1443).

(5) Art. 1446. — Cf. Schrœder : op. cit., p. 53. — Il y a exception à cette règle dans certains cas restreints où des donations de peu d'importance se trouvent imposées au mari en vertu d'une obligation morale, ou même en vertu des usages ou des mœurs.

(6) Art. 1448, 1449. — Cf. Schrœder : op. cit., p. 54.

La direction du ménage appartient à la femme en vertu de sa « Schlüsselgewalt » qui est consacrée par l'art. 1357 : la femme a le droit, dans la sphère de ses fonctions domestiques de s'occuper des affaires du mari et de le représenter ; et, à titre de contrôle, le mari peut restreindre ou exclure ce pouvoir de la femme sauf recours cependant au tribunal des tutelles s'il y a abus de pouvoir de la part du mari (1). En dehors des actes qui se rapportent au ménage, elle ne peut passer sans le consentement du mari de contrats relatifs aux biens communs.

Mais elle peut accepter ou répudier seule une succession ou un legs (art. 1453), poursuivre une action judiciaire intentée avant son mariage (art. 1454) et traiter des affaires concernant l'exercice personnel d'une profession industrielle ou commerciale (art. 1452). Elle peut encore, sans le consentement du mari, revendiquer contre un tiers les biens que le mari a distraits du Gesammtgut sans son concours, là où il était requis (art, (1449).

En dehors de ces cas, la femme n'a le droit de représenter seule la communauté, soit judiciairement, soit extra-judiciairement, que lorsque le mari, par suite de maladie ou d'absence, se trouve empêché de remplir sa fonction, et que tout retard dans l'acte à accomplir serait une cause de préjudice. Elle peut alors agir soit au nom du mari, soit en son nom personnel sur le Stammgut (2).

En général, toutes les dettes du mari sont dettes de la communauté (art. 1459) (3), mais sans que la femme se trouve obligée personnellement (art. 1443) ; la femme n'est tenue des obligations contractées par le mari, même lors-

(1) Art. 1357. — Cf. *supra*, pp. 192 et ss., cf. Chéron : op. cit., p. 345.

(2) Art. 1450. — Cf. Schrœder : op. cit., p. 56, note 1. Dans ces cas, elle n'a même pas besoin de l'autorisation du tribunal des tutelles.

(3) Les donations et les aliénations de biens communs faites par le mari sans le consentement de la femme dans les cas ou celui-ci est requis, ne peuvent être exécutées contre le Gesammtgut, art. 1455.

qu'elles incombent à la communauté, que jusqu'à concurrence de l'émolument qu'elle en retire.

Parmi les dettes qui proviennent de la femme, sont communes et par conséquent à la charge du Gesammtgut (art. 1459), les dettes qu'elle a contractées pendant le mariage avec le consentement du mari ou l'autorisation du tribunal des tutelles (art. 1451) ou en son propre nom sur le fondement de l'art. 1450 (1) ou encore en vertu de sa Schlüsselgewalt ; il faut y joindre les dettes provenant d'un commerce ou d'une industrie entrepris par la femme avec le consentement du mari (art. 1462), ainsi que les dettes résultant de délits et d'amendes encourues par la femme, de même que les frais de justice (art. 1460). Pour toutes ces dettes, la femme ainsi que le mari sont tenus d'une obligation personnelle (art. 1459).

Restent propres à la femme, et par suite ne portent, pendant toute la durée de la communauté, que sur ses biens réservés, si elle en a, toutes les dettes contractées par elle pendant le mariage soit à l'occasion de ces biens, soit sans le consentement de son mari et en dehors de son pouvoir légal (art. 1460 à 1462). Le Gesammtgut ne pourrait être poursuivi pour ces obligations qu'en raison du profit qu'il en aurait retiré (art. 1455).

La faillite du mari n'est pas une cause de dissolution de la communauté ; mais le Gesammtgut fait partie de la masse avec les « Vorbehalt-Sondergüter » du failli. La faillite de la femme ne porte que sur ses biens propres et ses biens réservés ; le Stammgut n'en est pas atteint (2).

La communauté peut être dissoute pendant le mariage par une convention passée entre les époux, et soumise aux mêmes règles que le contrat de mariage qui l'a établie. Elle peut aussi cesser par suite d'un jugement intervenu soit sur

(1) *Supra*, p. 216, note 2.

(2) Cf. Schrœder : op. cit., p. 57.

la demande de la femme (art. 1468), soit même sur la demande du mari (1).

Cette dissolution donne lieu à une liquidation ; et jusqu'à la fin de celle-ci les principes de la Gesammte Hand sont considérés comme subsistant, de sorte qu'un époux ne peut disposer pendant tout le temps soit de sa part, soit d'un objet particulier compris dans le Stammgut, et qu'un débiteur de la masse ne peut encore opposer en compensation à sa dette une créance qui lui appartiendrait contre l'un des époux (art. 1471 2e art. 1442). Pendant toute la durée de cette opération, la possession et l'administration du Gesammtgut n'appartient désormais plus au mari seul, mais aux deux époux en commun (2).

Après le paiement de toutes les dettes afférentes au Gesammtgut, la liquidation se termine par un partage égal de l'actif restant et en même temps les deux conjoints procèdent au règlement de leurs récompenses réciproques (art. 1495 et suiv.).

Si l'actif commun se trouve insuffisant pour satisfaire les créanciers du Gesammtgut, le mari reste personnellement tenu envers ceux-ci de toutes les dettes qui étaient soit à sa charge personnelle, soit à la charge de la masse commune (art. 1459). Lorsque ces dernières sont nées du chef de la femme, les créanciers de la communauté peuvent s'attaquer à leur choix, soit au mari, soit à la femme ; mais dans ce dernier cas, le mari doit intervenir, de sorte qu'en définitive l'épouse ne les supporte pas (art. 1481). Pour les autres dettes communes, la femme n'est pas obligée personnellement et ne peut être poursuivie.

Lorsque les époux ont procédé au partage des biens communs avant le paiement des dettes de la communauté, chacun d'eux, de débiteur commun, devient débiteur personnel, alors même qu'il ne s'agirait que d'une dette pour laquelle il n'était précédemment tenu qu'en vertu de son droit de

(1) Art. 1470, 1479. — Cf. Schrœder : op. cit., p. 58.
(2) Art. 1424, 1472.— Cf. Schrœder : op. cit., p 60.

co-propriété dans le Gesammtgut; mais il peut d'ailleurs, dans ce cas, se libérer de toute obligation postérieure par l'abandon aux créanciers des biens communs qui lui ont été attribués par le partage (art. 1480).

Dans tous les cas, l'un des époux qui a payé plus que sa part dans la dette commune, a un recours contre son conjoint.

Toutes les règles précédentes, qui régissent les cas de dissolution de la communauté énumérées plus haut, sont applicables lorsque celle-ci est le résultat d'un divorce, d'une séparation de corps ou encore de la mort de l'un des époux, quand, à cette époque, il n'y a pas de descendants communs; la part du défunt forme sa succession qui est recueillie selon les règles ordinaires (art. 1482). Les héritiers prennent, dans l'administration du bien commun, jusqu'à la fin de la liquidation, la place du *de cujus* (1).

Lorsqu'au moment du décès de l'un des époux il y a des descendants, le B. G. B. consacre le système de la « Fortgesetzte Gütergemeinschaft » ou « communauté continuée », entre les enfants et le survivant (2). Cette situation peut d'ailleurs être écartée d'avance par le contrat de mariage (3); le survivant peut également y renoncer (art. 1484); une disposition de dernière volonté du défunt peut aussi la supprimer dans une certaine mesure. Dans tous ces cas où la communauté continuée n'a pas lieu, la liquidation de la communauté entre époux est effectuée comme il a été dit précédemment.

Lorsqu'il y a lieu à communauté continuée, le sujet se trouve formé maintenant des enfants et du survivant dans la même unité juridique que précédemment entre les deux conjoints seuls.

(1) Cf. Schrœder : op. cit., pp. 62 et suiv.

(2) Art. 1483 à 1518. — Cf. Schrœder, pp. 65 et suiv., et les auteurs cités p. 214, note 1.

(3) Mais il ne saurait être apporté par le contrat de mariage de modifications à l'institution telle qu'elle est établie par la loi.

Le Gesammtgut comprend le patrimoine commun du mariage et les biens acquis pendant la durée de la communauté continuée.

Le caractère juridique de cette institution est conçu par le B. G. B d'après les mêmes principes que la communauté entre époux elle-même, c'est-à-dire comme un Miteigenthum zu Gesammter Hand, et il suffit pour l'application de ces règles aux droits des membres de la communauté de se reporter à ce qui a été dit plus haut (1).

Le survivant acquiert ou conserve en principe sur le bien commun les pouvoirs qui appartenaient au mari sur le patrimoine conjugal; et son droit ne cesse qu'à son décès ou à la conclusion d'un second mariage. Les enfants se trouvent avoir dans cette communauté une situation analogue à celle qu'avait la femme durant le mariage. Si l'un d'eux meurt, ses propres descendants prennent sa place; et lorsqu'il ne laisse pas de descendants à cette époque, sa part accroît à ses frères et sœurs, et à leur défaut à l'époux survivant.

Les descendants peuvent demander la dissolution et le partage de cette communauté, qui cesse d'ailleurs à la mort ou au cas de second mariage de l'époux survivant.

La faculté de faire participer les descendants d'un autre lit à cette communauté par un contrat d'Einkindschaft n'a pas été sanctionnée par le B. G. B.

§ III. — Nous arrivons maintenant aux régimes de communauté particulière, qui se distinguent en communauté d'acquêts (*Errungenschaftsgemeinschaft*) et communauté de meubles et d'acquêts (*Fahrnissgemeinschaft*).

Dans la première, dans la communauté d'acquêts (2) il faut,

(1) Cf. *supra*, p. 214. — Cf. art. 1442, art. 1487.

(2) Art. 1514, 1548. — Cf. Endemann : op. cit., II, § 188. — Schrœder : op. ci., § 5. — Schefold : *Die Errungenschaftsgemeinschaft des* B. G. B., 1898. — Planck : op. cit., pp. 283 et suiv. — Motive, IV, pp. 424 et suiv. — Protokoll, IV, pp. 303 et suiv. — De la Grasserie : op. cit., Introd., § LIX, et pp. 324 et suiv. — Barre : op. cit., § 143.

au lieu de ne considérer qu'un seul bien commun, séparer les propres des époux du patrimoine de la communauté. Les premiers (art. 1520, 1521) sont soumis quant à leur administration par le mari, aux règles de la Verwaltungsgemeinschaft (1), tandis que le second suit les principes de la communauté universelle (art. 1519).

Ce Gesammtgut, qui comprend les acquêts du mariage et les fruits des propres des époux, constitue l'objet d'une copropriété zu Gesammter Hand (2).

Sont dettes communes (Gesammtgutsverbindlichkeiten) (art. 1530 à 1534) toutes les dettes du mari ; il faut y joindre celles contractées par la femme, exclusivement depuis la naissance de la communauté d'acquêts, soit en vertu de son pouvoir légal, soit avec le consentement du mari ou l'autorisation du tribunal des tutelles, ainsi que les charges nées pendant le mariage à l'occasion de ses propres. Le mari est tenu personnellement de ces dettes communes, même lorsqu'elles ont leur origine dans la personne de la femme (art. 1520).

Les règles au cas de faillite soit du mari, soit de la femme sont les mêmes qu'en matière de communauté universelle) (3).

Lorsque la communauté se dissout, la liquidation s'opère quant aux propres, d'après les principes de la communauté d'administration, et quant au Gesammtgut d'après ceux de la communauté universelle (art. 1546).

Dans ce régime de communauté restreinte, la continuation de la communauté entre les enfants et le survivant n'est pas admise par le B. G. B. ; elle ne pourrait même pas être établie par le contrat de mariage (4).

(1) Il y a cependant une différence à l'égard des fruits de ces biens, qui ne donnent pas lieu à un usufruit au profit du mari, mais qui font partie du Gesammtgut (art. 1525, 1529).

(2) Art. 1519. — Cf. art. 1442, 1604.

(3) *Supra*, p. 217. — Cf. Schrœder : op. cit., pp. 39, 80. — Cf. art. 1530.

(4) Cf. Schrœder : op. cit., p. 83, note 1.

§ IV. — La communauté de meubles et d'acquêts ou Fahrnissgemeinschaft (1) est le régime du Code Napoléon qui régnait dans les régions allemandes indiquées plus haut, et par conséquent il concorde absolument avec notre régime légal (2).

Les propres des époux (auxquels il faut joindre les biens réservés., art. 1551) sont établis d'après les mêmes règles que dans le Code civil français (art. 1551 à 1554). Et tous les biens qui ne rentrent pas dans la catégorie des propres forment le Gesammgut, lequel est soumis ici aussi aux principes de la copropriété zu gesammter Hand.

Comme dans la communauté d'acquêts les règles relatives à l'administration des propres, sont celles de la communauté d'administration (art. 1550) ; pour le reste, la communauté de meubles suit les règles de la communauté universelle (3).

Le passif de la communauté, qui est le même que dans notre régime légal (art. 1407 et suiv.), se compose de toutes les dettes du mari, et de certaines dettes de la femme, c'est-à-dire, de ses dettes nées antérieurement au mariage, des dettes contractées par elle pendant le mariage, soit avec le consentement du mari ou l'autorisation du tribunal des tutelles, soit dans les limites de ses pouvoirs ou à l'occasion d'un commerce ou d'une industrie séparés et entrepris avec l'autorisation du mari ; il faut ajouter à cette liste les dettes provenant de ses délits, et les frais de ses procès. Toutes les autres dettes contractées par la femme pendant le mariage, ne grèvent, et seulement après la dissolution de la commu-

(1) Dans le premier projet elle s'appelait « *Gemeinschaft des beweglichen Vermœgens und der Errungenschaft* ».

(2) Art. 1549 a 1557. — Cf. art. 1400-1496. Code civil français. — Schrœder : op. cit., § 6. — Planck : op. cit., pp. 302 et suiv. — Motive, IV, p. 536. — Protokoll, IV, p. 372. — De la Grasserie : Introd., § LIX, et pp. 329 et suiv. — Barre : op. cit., § 144.

(3) Art. 1649. — Cf. *supra* p. 215 et ss., pour les droits d'administration et de disposition des deux époux.

nauté, que ses biens réservés, ses propres et sa part du Gesammtgut.

Le mari est tenu personnellement, tant que dure la communauté, de toutes les dettes communes (1); la femme n'est obligée personnellement que lorsque ces dettes sont nées en sa personne.

Les règles pour le cas de faillite de l'un ou de l'autre des époux sont les mêmes aussi que plus haut et la liquidation suit également à la dissolution les principes de la communauté universelle, pour les biens communs, et, pour les propres des époux, ceux de la Verwaltungsgemeinschaft. Le mari doit à cette époque récompense à sa femme, ou à ses héritiers, toutes les fois qu'il a disposé seul des biens communs dans les cas où le concours de la femme était exigé par la loi; il en doit également pour toutes les diminutions ou dégradations qu'il aurait fait subir à ces biens sous l'empire d'une pensée de malveillance; pour le reste il n'est nullement responsable de ses actes d'administration.

Jusqu'à la fin de la liquidation, l'administration de la communauté appartient dans ce régime aux deux époux en commun; et le caractère juridique d'une copropriété zu Gesammter Hand subsiste pour le Gesammtgut jusqu'à cette époque (2). Si ce dernier n'est pas suffisant pour désintéresser les créanciers communs, l'obligation personnelle du mari ne cesse qu'à l'égard des dettes qui doivent en définitive rester à la charge de la femme, et subsiste pour toutes les autres dettes de la communauté. Et la femme n'est tenue au delà de la valeur des biens communs que pour les obligations qui ont pris naissance à son occasion.

Si les deux époux ont partagé l'actif avant d'avoir réglé le passif, chacun d'eux est tenu des dettes communes comme débiteur commun (Gesammtschuldner) et seulement jusqu'à

(1) Art. 1459. — Cf. C. C. français, art. 1419.

(2) Cf. Schrœder : op. cit., p. 90.

concurrence de sa part dans la communauté, toutes les fois qu'il n'est pas en outre débiteur personnel.

La continuation de la communauté est admise dans ce régime ; mais elle n'a pas lieu de plein droit ; elle doit résulter d'une clause du contrat de mariage.

§ V. — De l'analyse précédente il ressort que le principe d'une copropriété zu Gesammter Hand se trouve à la base des régimes de communauté entre époux du B. G. B. D'après le système général de cette codification, lorsque plusieurs personnes ont la propriété d'un droit ou d'un objet, nous avons vu (1) que leur situation s'analyse en une copropriété au sens romain sauf dans le cas où la loi ferait exception à cette règle ; or c'est ici seulement que la loi s'exprime très clairement en faveur d'une communauté au sens germanique du mot (2).

La communauté entre époux du B. G. B. soit universelle, soit particulière, repose sur ce principe fondamental que les patrimoines de chacun des époux se confondent pour former une masse patrimoniale, une entité juridique, comprenant un actif et un passif particuliers, qui se séparent distinctement des patrimoines propres que chacun d'eux peut avoir ; mais ce patrimoine séparé reste la propriété commune des deux époux qui dans leur union constituent le sujet de cet objet. Dans ce Gesammtgut tout droit individuel de l'un des époux disparaît ; et l'on ne saurait même trouver une quote-part appartenant à chacun d'eux dans ce bien commun, qui, pendant toute la durée de la communauté, est destiné à servir non pas les besoins particuliers des époux, mais les seuls intérêts de l'union conjugale, de la communauté (3).

(1) *Supra*, chap. I, p. 81.

(2) Cf. art. 1438, 1439, 1442, 1443. — Roth : *Bay. Civilr.*, II, § 137, — Motive : p. 335 et s. p. 492, p. 542. — Planck : op cit., p 200 et s. Cf. *supra*, chap. I, p. 81, note 6. — Cf. Joerges : op. cit., p. 173 et sa théorie d'un gebundenes Miteigenthum.

(3) Giercke trouve que ce n'est qu'à l'égard du Gesammtgut qui n'est ni une personne juridique, ni la propriété du mari, mais un patrimoine séparé, propriété commune sans quote-part des époux,

Cette conception d'une universalité juridique existant à côté des patrimoines propres des époux subsiste pour les besoins de la liquidation même après la dissolution de la communauté.

Les principes de la Gesammte Hand se rencontrent très fermes dans les règles concernant l'administration du Gesammtgut ; au mari appartiennent les pouvoirs accordés au chef de toute communauté en main commune ; et c'est en vertu de sa « Herrschaft » domestique qu'il administre seul (1) : le principe originaire de l'action à deux est toujours à la base de ce pouvoir unitaire ; et il reprend toute sa force pour tous les actes graves qui peuvent intervenir pendant la durée du mariage, et d'une façon plus complète encore pendant le temps de la liquidation.

Il est très important, en faveur de notre désir, qui serait de voir appliquer à notre régime légal la théorie de la Gesammte Hand, d'observer deux choses : d'abord que le B. G. B. qui, d'une façon générale, se rapproche de la conception romaine de la copropriété beaucoup plus que de la conception germanique, n'a pas hésité à donner franchement le pas à cette dernière en ce qui concerne les régimes de communauté ; et, en second lieu, que parmi les régimes de la communauté particulière, la législation nouvelle a pleinement, et sans difficulté, appliqué les principes de la Gesammte Hand au

qu'apparaissent vraiment les principes de la Gesammte Hand. Il prétend que l'idée ancienne et principale d'une union juridique de personnes, d'une « Personenrechtliche Gemeinschaft » n'est pas assez clairement exprimée ; il n'a pas été donné au lien personnel toute son efficacité ; les époux dans la communauté universelle, et surtout dans la communauté particulière apparaissent trop comme deux sujets de droits séparés ; et par cela même le principe véritable, fondamental de toute Gemeinderschaft zu Gesammter Hand se trouve anéanti. — Giercke : *Personengemeinsch u. Vermægensinbegr.* dans *Bekker's u. Fischer's Beitræge*, p. 89 et s. Cf. chap. I, p. 20, ce qui a été dit sur le lien personnel dans la copropriété en main commune.

(1) Cf. Motive, IV, p. 348.

régime de la communauté de meubles et d'acquêts qui est textuellement celui de notre Code.

Section VI. — Suisse

§ I. — Il nous est impossible de faire ici, pour la Suisse, l'historique des régimes de communauté avec tous les détails que nous avons donnés pour l'Allemagne ; dans ce pays d'ailleurs le principe de la communauté de biens entre époux a eu beaucoup moins d'extension, et en outre la Suisse a été soumise plus particulièrement à l'influence des races alamanes et burgondes, ce qui donne l'explication de cette différence. Il n'est donc vraiment intéressant que de savoir quelle est la théorie que l'on applique en général actuellement à la communauté dans les parties de la Suisse où elle existe, et quel est le parti qu'adopte le Projet à cette occasion.

Les régimes matrimoniaux des divers cantons de la Suisse actuelle présentent une très grande variété ; et l'on n'est même pas toujours d'accord pour définir la classe dans laquelle chacun d'eux doit rentrer. On peut cependant distinguer deux catégories principales : les régimes sans communauté et les régimes de communauté.

La première catégorie embrasse la plus grande partie de la Suisse. On y trouve d'abord le système pur de la « *Güterverbindung* » ; les deux époux restent séparément propriétaire de leurs apports qui se trouvent simplement réunis dans la main du mari, dont la gestion réalise le principe de l'unité patrimoniale nécessaire au mariage. Le mari est en principe responsable de son administration du patrimoine de la femme, car le régime, qui est celui du Sachsenpiegel, repose en général sur cette règle « Frauengut soll weder wachsen, noch schwinden » que l'on rencontre dans les cantons de Zurich, Lucerne, Glaris, Zug, St. Gall et Appen-

zell (1). Dans certains autres cependant la règle précédente n'est pas aussi absolue et le patrimoine de la femme peut subir certaines fluctuations ; c'est ce qui se passe dans les cantons de Schaffouse, Graubünden, Neufchatel, Valais, Soleure (2).

Dans cette classe des régimes sans communauté, il faut placer un autre système désigné sous le nom de « *Gütereinheit* » ou « *Eigenthumseinheit* » que l'on trouve classé souvent parmi les régimes de communauté, mais qui se rapproche beaucoup plus du régime de la Güterverbindung. Les apports de la femme, dans ce régime, deviennent propriété du mari. Dans les cantons de Berne (3) et d'Argovie, tout le patrimoine de la femme subit ce sort ; dans les cantons de Fribourg et de Vaud, le mari n'acquiert un droit de propriété que sur les meubles de la femme, et les immeubles de celle-ci se trouvent soumis aux principes de la Güterverbindung (4).

(1) E Huber : *Grundlagen einer schweizer. Gesetzgebung*. Referat. Vorhandlungen d. schweiz. Jurist. Verein, 1894 p. 13 et s. — Orelli : *Zeitschr. f. schweiz. Recht*. III. 1854, VI, 1875. — Schreiber: *Die ehelichen Güterrechte der Schweiz*. — Rossel : *Manuel du droit civil de la Suisse romande*. — Bluntschli : *Zürische Rechtsgesch.*, t. I et II. *Das Zürcherische Personen u. Familienrecht*.

(2) Dans ce dernier canton il se joint une communauté d'acquêts au régime de la Güterverbindung. Cf. E. Huber : op. cit., p. 14. Heusler : *Das eheliche Güterrecht in Wallis*, dans *Zeitschr. f. Deutsch. Recht* , XVII, 1857. — Cf. les auteurs cités à la note 1.

(3) Dans les anciennes sources du canton de Berne, ce système se montre toujours rapproché du régime de communauté, tandis que dès le XVIe siècle on le voit de plus en plus assimilé à la Güterverbindung. Cf. E. Huber: *Historische Grundlage des ehelichen Güterrechts d Berner Handfeste*. — *Basler Universitætsfests-chrift*, 1884.

(4) Cf. E. Huber : *Grundlagen einer schweiz. Gesetzgebung* , p. 15. Certains auteurs groupent à part, comme un régime spécial de communauté d'acquêts, les cantons de Soleure, Neufchatel, Schaffouse, Graubünden et Valais. (Cf. Schreiber : op. cit. — Orelli : op. cit , VI). — Mais au fond les régimes de ces cantons se rapprochent encore beaucoup plus du système de la Guterverbindung et il ne faut pas les classer séparément (Cf. E. Huber : *Studium uber das eheliche Güterrecht der Schweiz, Zeitschr. f. Bern. Jurist. Verein*, X.

Il n'y a de véritable communauté que dans des régions fort peu nombreuses ; mais il est à remarquer que le principe de l'association des deux époux s'est développé dans les parties de la Suisse Occidentale qui se trouvaient plus particulièrement soumises à l'influence franque (1).

La communauté universelle se rencontre dans les cantons de Bâle (Bâle ville et Bâle campagne) (2) et de Thurgovie ; dans ce dernier, au cas de dissolution par la mort de l'un des deux époux, le patrimoine conjugal se démembre en ses deux éléments composants, et les acquêts seuls se partagent par moitié, tandis que les dettes se répartissent entre les deux époux au prorata de leurs apports.

Enfin, la communauté de meubles et d'acquêts se trouve établie comme régime légal par notre Code civil dans les régions de Genève et du Jura Bernois où il règne depuis 1804 (3).

§ II. — Les germanistes comme M. le professeur Huber et M. le professeur Gmür considèrent la communauté entre époux comme une Gemeinderschaft zu Gesammter Hand. Il y a dans le mariage entre le mari et la femme, un élément d'association, un lien personnel puissant sur lequel repose la communauté des biens qui forment dans leur ensemble un Gesammtgut séparé, sans personnalité juridique, et dont les époux dans leur union, sont copropriétaires en main commune, c'est-à dire sans quotes-parts, et dont ils ne peuvent demander le partage (4).

L'administration de ce bien appartient au mari comme chef de la société conjugale ; mais ce droit supérieur n'em-

(1) Cf. E. Huber : *Schweiz. Privatr*, IV, §§ 128, 131.

(2) Encore ici n'a-t-elle lieu qu'autant que le mari est solvable ; en cas de faillite de ce dernier, la femme a le droit de reprendre son apport, et le régime devient par suite celui de la Güterverbindung, cf. Huber, *Grundlagen einer schweiz. Gesetzgebung*, p. 16, cf. Schreiber, op. cit.

(3) Le régime de la communauté est donc fort peu répandu en Suisse : une population de 449.375 hab. seule y est soumise.

(4) Cf. E. Huber, *Schweiz. Privatr*, § 17.

pèche pas la femme d'être capable en principe, et de pouvoir dans certains cas, disposer du patrimoine conjugal et l'obliger : car la règle fondamentale, c'est l'idée de l'égalité des deux époux à l'intérieur qui se manifeste par le fait des actes de disposition mit Gesammter Hand (1) ; le pouvoir absolu du mari se trouve en effet limité par l'obligation qui lui est imposée dans certains cas de recourir au concours de la femme pour pouvoir aliéner les immeubles du Gesammgut (2).

Dans les régions de Bâle ville et de Bâle campagne, depuis le XIVe siècle, non seulement la théorie, mais même la pratique sont tout à fait dans le sens de ces principes, grâce à M. Heusler qui, comme président du Tribunal cantonnal, a été le promoteur de cette idée et l'a fait passer d'une façon complète dans la jurisprudence. Aussi, pour Bâle campagne une Landesordung de 1813 semblait déjà admettre le système de la Gesammte Hand en exigeant dans l'art. 150 les signatures des deux époux pour toute disposition concernant les immeubles communs. La loi de 1884 (art. 4 et 5), a étendu le principe sur les deux régions (Bâle ville et campagne) ; pour aliéner un immeuble commun ou le grever de droits réels, il faut les signatures du mari et de la femme ; si la femme est absente ou malade, sa signature est remplacée par un décret de l'autorité tutélaire. Si la femme refuse son adhésion, le mari peut s'adresser à la justice et la signature de la femme peut être remplacée par un jugement (3).

Je remarque à cette place que les partisans de cette théorie n'admettent pas que l'on puisse hésiter à l'accepter pour les régimes de communauté établis par notre Code civil. M. E. Huber, dans l'entretien qu'il m'a fait l'honneur de

(1) Cf. E. Huber, op. cit., IV, § 131.

(2) Cf. Max Huber : *Gemeinsderschaften der Schweiz*, §§ 10, 13, 17.

(3) Dans le canton de Thurgovie, la règle de l'action commune se trouve anéantie par la situation du mari, qui comme chef du ménage est maître absolu, et a le droit d'agir seul. Les principes de la Gesammte Hand ne sont pas moins la base de cette situation.

m'accorder à Berne, au mois de novembre dernier, me disait qu'il ne voyait aucune objection possible à cette application à notre système. Et dans une lettre très aimable de M. le professeur Gmür de Berne, ce dernier, répondant à ma question, me disait : « ich fasse die communauté des franzœsischen Rechts ebenfalls als Gesammthand » et plus loin, « soeben sagt mir ein genfer Professor dass in dieser Beziehung zwischen der franzœsischen und der welschen Schweiz kein Unterschied wære (1). »

§ III. — Une législation uniforme va sous peu remplacer en Suisse cette diversité de régimes matrimoniaux (2).

Le projet de Code civil reconnaît trois systèmes relatifs au patrimoine des époux, le régime de la Güterverbindung (qui est la Verwaltungsgemeinschaft du B. G. B.), le régime de séparation de biens (Gütertrennung) et les régimes de communauté.

C'est le système de la Güterverbindung qui a été choisi comme régime légal en raison de son extension dans toute la Suisse, et aussi par suite des divers avantages qu'il procure grâce aux garanties que la femme y trouve pour la conservation de ses apports (3).

Ce régime (4) correspond à notre régime sans communauté du Code civil. Les biens des époux forment dans la main du mari un tout sans se confondre entre eux : seuls les biens réservés sont exclus de cette masse et sont soumis aux règles du régime de séparation de biens (5).

(1) Il n'en est cependant pas de même pour la généralité des autres jurisconsultes des régions de Genève et du Jura Bernois. Romanistes invétérés, ils se basent uniquement sur les idées de la jurisprudence et de la doctrine française et il est difficile de faire admettre par eux les simples principes de la Gesammte Hand.

(2) Cf. *supra*, chap. I, p. 90, note 1.

(3) Cf. *Erlaüterungen zum Vorentwurf*. Heft., I, pp. 115 et suiv.

(4) Cf. Mentha : *Notice sur l'état des travaux préparatoires d'un C. C. Suisse. Bulletin de la Société de Législation comparée*, 1901, p. 377. — *Erlaüterungen*, I, pp. 175 et suiv.

(5) Art. 215. — Les biens peuvent être réservés par le contrat de

Le mari ne devient pas propriétaire des apports de la femme (1) et il n'acquiert le droit d'en disposer librement que s'il fournit à la femme des sûretés suffisantes (art. 230, 231).

La femme ne peut accepter ni répudier une succession qu'avec le consentement du mari ou de l'autorité tutélaire.

A la dissolution du mariage, la femme reprend ses apports. En principe, le résultat, bon ou mauvais, de l'administration du mari ne lui profite ni ne lui nuit ; mais si les acquêts proviennent au moins pour un quart des revenus de ses biens et du produit de son travail, elle a le droit d'en réclamer sa part, de même que le mari peut lui faire rapporter une partie des pertes en prouvant qu'elle en est la cause.

Dans le régime de séparation de biens, régime extraordinaire et contractuel (2), chacun des époux conserve la jouissance et la disposition de son patrimoine ; à l'égard des tiers, les actes de la femme qui rentrent dans le cercle de son pouvoir domestique, obligent directement le mari (art. 272). Le mari a le droit d'exiger que la femme lui fournisse une contribution aux charges du mariage (art. 274) et si la femme n'administre pas elle-même ses biens, le mari a le droit d'exiger qu'elle lui confie cette charge de préférence à tout autre mandataire, mais à condition de lui fournir des garanties (art. 270).

Le régime de communauté (3) est toujours contractuel ; les

mariage ; la loi elle-même reconnaît un certain nombre de ces biens qui sont : les effets personnels de chacun des époux, les économies de la femme, les biens de la femme affectés à l'exercice d'une profession ou d'une industrie qu'elle exerce séparément, les produits du travail de la femme (art. 217).

(1) Il y a exception pour les choses fongibles dont il devient propriétaire, à charge d'en restituer la valeur à la dissolution (art. 229)

(2) Cf. Mentha : op. cit., p. 376. — *Erlaüterungen*, I, pp. 211 et suiv.

(3) Cf. Mentha : op. cit., p. 377. — *Erlaüterungen*, I, pp. 193 et suiv.

époux peuvent, en vertu de la très grande liberté qui leur est laissée dans le règlement de leurs conventions matrimoniales, établir un régime de communauté universelle ou un régime de communauté plus restreinte : le premier est toujours présumé lorsque les conjoints ne se sont pas exprimés clairement.

Dans la communauté universelle, le patrimoine conjugal comprend tous les biens présents et à venir des deux époux ; il faut cependant excepter seulement les biens réservés qui peuvent être constitués d'après les règles établies pour le régime de l'union des biens (1).

Le patrimoine, d'après le principe de la Gesammte Hand, forme une masse sans personnalité juridique, propriété en main commune des deux époux (sogenanntes Gesammteigenthum) (articles 655 et suivants), et dans lequel il n'y pas place pour des quotes-parts déterminées. Un époux ne peut donc disposer de la part qui lui appartient dans cette masse ou dans un des objets particuliers qui la composent ; le mari, par exemple, ne pourrait donc pas aliéner sa part d'un immeuble de la communauté. Les époux n'ont la propriété du tout et de chacun des objets de ce tout, qu'en commun ; c'est-à-dire qu'il faut rejeter toute pensée d'un droit qui appartiendrait à chacun d'eux en particulier sur une part déterminée, réelle et même idéale (2).

Ce fait qu'à la naissance de la communauté chaque époux devient propriétaire en main commune de tous les biens de la communauté, trouve son expression positive à l'égard des immeubles, dans la nécessité de leur inscription dans le Livre Foncier (Grundbuch) sous le nom des deux conjoints (art. 663, 667).

Le mari, comme chef de la société conjugale administre le patrimoine commun ; ce n'est pas seulement pour lui un droit ; c'est un devoir auquel il peut être contraint.

(1) Cf. *supra*, p. 230 et note 5.

(2) Cf. *Erlaüterungen*, I, p. 194.

Dans les cas où est accordé à la femme le droit de représenter la communauté, elle a un pouvoir d'administration semblable à celui du mari.

Quant aux aliénations, le principe fondamental est que les deux époux doivent concourir toutes les fois qu'il s'agit de disposer d'un objet quelconque du patrimoine commun (art. 246). Toutefois les tiers ont le droit de présumer le consentement de l'époux qui n'intervient pas au contrat, à moins qu'ils n'aient été prévenus que ce consentement était refusé.

Aucun des conjoints ne peut accepter une succession sans le consentement de l'autre ou l'autorisation de l'autorité tutélaire.

Chacun des époux reste tenu de ses dettes antérieures au mariage ; le Gesammtgut en est également tenu mais sauf récompense à la dissolution du mariage (art. 248, 252). Les dettes contractées pendant l'union conjugale par le mari ou par la femme dans la limite de ses attributions domestiques sont dettes du patrimoine commun, et obligent le mari personnellement (art. 249) ; quant aux dettes contractées par la femme dans cet intervalle sans le consentement du mari ou l'autorisation tutélaire, elles obligent celle-ci sur ses biens réservés seulement; mais les dettes qui résultent pour la femme d'autres causes que de ses contrats, obligent avec elle le Gesammgut, mais à charge de récompense (art. 250, 252).

Au décès de l'un des époux, la moitié des biens du patrimoine conjugal est dévolue au survivant, et l'autre moitié, sous réserve des droits de succession de ce dernier est recueillie par les héritiers du défunt (art. 253).

La femme survivante a le droit de renoncer à la communauté ; si elle ne le fait pas elle n'est tenue du passif que jusqu'à concurrence des biens qu'elle en retire. Le mari survivant au contraire demeure toujours personnellement débiteur de tout le passif de la communauté (art. 254).

Le conjoint survivant peut, sous certaines conditions, continuer la communauté avec les enfants issus du mariage (art. 255 à 264). L'administration de cette « fortgesetzte Gü-

tergemeinschaft » appartient au survivant, dans les termes où le droit de représenter la communauté conjugale lui était accordé pendant le mariage : mais le concours des enfants à certains actes se trouve supprimé par suite de la puissance paternelle.

Ces règles relatives à la communauté universelle peuvent être écartées par les époux dans leur contrat de mariage qui peut exclure de la masse diverses parties de leur patrimoine ; les conjoints peuvent établir soit une simple communauté d'acquêts, soit une communauté de meubles et d'acquêts. Dans ces deux cas, on suit, quant à l'administration du patrimoine commun, les règles de la communauté universelle, tandis que les propres des époux sont soumis aux règles du régime de séparation de biens.

§ IV. — Dans ces divers régimes, le Projet établit, au-dessus de la personne et des patrimoines des époux, une « société conjugale » ou « *eheliche Gemeinschaft* » (1) formée par les deux conjoints dans leur union ; c'est le lien personnel essentiel sur lequel, dans le régime de communauté, reposent les principes de la Gesammte Hand (2). Cest avec cette unité extérieure que les tiers ont à traiter, et c'est le mari qui la représente. Mais la femme, dans cette société conjugale où l'individualité de chaque époux reste reconnue, a une situation d'associé égale à lui.

Jusqu'au commencement du XIXe siècle le principe de la tutelle du sexe était en général le seul reconnu en Suisse, soit dans la doctrine, soit dans la pratique ; et cette idée d'infériorité de la femme avait été développée plus encore aux XVIIe et XVIIIe siècles, qu'elle n'avait existé réellement au moyen-âge (3).

(1) *Erlaüterungen*, I, p. 102, 143.

(2) Cf. *supra*, chap. I, pp. 11 et ss. et chap. II, p. 224, note 3. L'union des personnes, le lien personnel est très catégoriquement établi ici à l'opposé du B. G. B., dans lequel Giercke regrettait justement de ne pas voir cette idée suffisamment exprimée.

(3) Cf. E. Huber : *Schweiz. Privatr.*, IV, p. 290 et suiv.

Mais depuis une cinquantaine d'années on était revenu en Suisse à des idées plus libérales qu'avaient entraînées les nécessités de la vie sociale et commerciale ; et lorsque la loi Fédérale de 1881 proclama la pleine capacité juridique de la femme, elle ne supprima en réalité la tutelle du sexe que dans cinq cantons de la Suisse (1). Mais cette émancipation n'avait eu lieu que pour la femme non mariée, fille ou veuve ; la femme mariée se trouvait toujours soumise à l'ancien principe.

M. E. Huber (2) a fait remarquer avec raison qu'il n'est pas logique que la femme, par le seul fait du mariage, perde sa capacité juridique antérieure. Pour quelle raison une femme capable qui se marie doit-elle devenir une incapable ? Il est certain qu'il ne faut pas supprimer le pouvoir du mari qui se trouve le chef naturel de l'association conjugale ; mais il est tout différent de dire qu'il est le tuteur de sa femme incapable, ou au contraire que comme « primus inter pares », en vertu de son autorité naturelle, de sa situation de chef du mariage, il a le droit de soumettre la femme à sa volonté.

Le mariage entraîne une série d'effets qui déterminent d'eux-mêmes la situation réciproque et logique du mari et de la femme : le mari est le chef de la communauté conjugale et doit par suite la représenter à l'extérieur ; mais la femme, qui est préposée à la gestion intérieure du ménage, ne doit pas empiéter sur les attributions supérieures du mari ; et elle ne doit donc pouvoir représenter la communauté que dans ces limites ; tout au plus plus doit-elle avoir le droit, au cas de maladie ou d'absence du mari, de prendre la direction de la communauté.

Il ne faut donc pas supprimer la capacité juridique de la femme par le seul effet du mariage ; la femme doit simplement être soumise à l'autorité, nécessaire à toute commu-

(1) Cf. E. Huber : op. cit., I, p. 131.

(2) *Grundlagen einer schweiz. Gesetzgebung über das eheliche Güterrecht.* — Referat. — Vorhandlungen d. schweitz. Juristverein., 1894, pp. 69 et ss. — Cf. *Erlauterungen,* I, pp. 103 et ss.

nauté, et qui appartient ici tout naturellement au mari, dont elle prend même le nom.

Les idées de M. E. Huber ont été clairement admises par le Projet pour tous les régimes matrimoniaux. Le mari est le chef de la société conjugale et son représentant à l'extérieur ; mais il n'est pas omnipotent, et la femme, son associée égale, reste pleinement capable. Aussi sous tous les régimes, la femme a-t-elle le droit d'exercer une profession ou une industrie sans l'autorisation du mari ; mais comme correctif, celui-ci a le droit de s'y opposer, s'il prouve que cette profession de la femme est nuisible aux intérêts de la société conjugale (art 186). De même si le mari néglige de remplir ses devoirs envers son épouse et ses enfants, le juge, sur la demande de la femme, peut ordonner aux débiteurs de la société conjugale, par conséquent même à ceux du mari, d'effectuer leurs paiements entre les mains de la femme (art. 189). Celle-ci peut d'ailleurs représenter la communauté si le mari est absent ou malade; enfin, en vertu d'un droit propre, ou Schlüsselgewalt, la femme doit prendre la direction du ménage, qui lui incombe naturellement, et dans ce cercle encore elle apparaît comme représentant l'association.

Comme chef du mariage, le mari est débiteur de tous les engagements qu'il contracte. Quant à la femme, toutes les fois qu'elle contracte en vertu de son droit de représentation, elle oblige le mari comme s'il avait agi lui-même ; elle apparaît en effet, dans cette situation, à l'égal du mari, comme un associé agissant pour la société conjugale ; et le mari se trouve obligé simplement parce que c'est lui qui doit supporter les charges du mariage ; la femme en effet ne le représente pas, ne tient pas ses attributions d'un mandat du mari : et par suite le juge seul peut, à la requête du mari, prononcer contre elle la déchéance de son droit de représentation (art. 182-184).

Pour toutes les autres obligations que la femme contracte simplement en raison de sa capacité juridique, elle est obligée personnellement ; mais ces obligations se trouvent pri-

mées par les droits de la société conjugale sur le Gesammtgut, et par suite sur les biens de la femme qui y sont compris (1).

(1) Voyez cependant trois exceptions dans les art. 236 à 251.

CHAPITRE III

Le droit germanique en France ; ses conceptions comme fondement de notre droit national et leur conservation jusqu'à l'époque moderne. — Points de contact dans l'histoire juridique entre l'Allemagne et la France. — La Gesammte Hand dans nos coutumes. — Ses principes dans la communauté entre époux depuis sa formation jusqu'au Code civil.

Section I

§ I. — L'histoire tout entière de notre droit national privé repose, comme en Allemagne, sur les bases originaires des principes juridiques nés chez les peuplades germaniques qui, après avoir fondé d'abord des établissements dans les régions qui constituent l'Allemagne et la Suisse actuelles, poussèrent ensuite leurs incursions jusque dans les contrées de notre France, dans la Gaule, à l'époque où celle-ci se trouvait soumise à la domination romaine. C'est ainsi que plusieurs tribus s'y établirent de bonne heure : les Burgondes, dès l'année 413, avaient fondé un royaume qui comprenait les deux revers du Jura (Suisse et Franche-Comté) pendant que les Wisigoths s'étaient établis en Espagne et dans la région qui s'étend, au nord des Pyrénées, d'une part jusqu'à la Loire, et de l'autre jusqu'au Rhône.

A côté de ceux-ci il faut mentionner tout particulièrement la nation des Francs ; elle fut, il est vrai, la dernière à constituer un Etat en Gaule, mais elle devint par la suite la plus grande, et on peut le dire, la seule importante.

Les Francs étaient entrés en Gaule à la mort de Théodose (395) et s'étaient établis le long du Rhin inférieur, où sous ce nom générique de Francs, on pouvait distinguer plusieurs peuplades ou tribus (1). Parmi celles-ci il faut en retenir une seule, celle des Francs Saliens, qui dans le cours des temps devient la plus importante et finit par absorber peu à peu toutes les autres, même celle des Ripuaires, qui cependant conserva plus longtemps que les autres son indépendance.

Sous la conduite de leur chef Clodion, les Saliens s'avancent, en l'an 448, jusqu'à la Somme, mais en 481, époque où Clovis est à leur tête, cette tribu se trouve encore bien faible. C'est de la bataille de Soissons (486) que date sa suprématie, et en 496, une victoire remporté par les Saliens sur les Alamans, forcés de reconnaître Clovis comme chef, donne une grande extension aux pouvoirs de ce dernier, qui se convertit au christianisme ; quatre ans plus tard, en l'an 500, les Burgondes vaincus deviennent tributaires des Francs Saliens, et par la défaite des Wisigoths en 507, Clovis se trouve le chef de la plus grande partie de la Gaule : la prépondérance des Francs Saliens est définitivement établie.

Par suite de ce fait que les Francs étaient devenus les maîtres de la plupart des autres nations de la même race germanique, et qu'en vertu de leur fusion dans la monarchie franque, ces peuplades se trouvaient soumises à la même organisation, on peut appeler cette époque originaire de notre histoire, la période Franque. Cette époque se continue par la formation, sous Charlemagne, de l'Empire d'Occident (an 800) ; celui-ci s'étend de l'Océan à l'Ouest, aux montagnes de la Bohème à l'Est, et, de la mer du Nord à la

(1) Saliens, Ripuaires, Bructères, Chattes, Chérusques, etc. Cf. *supra*, chap. II, p. 131.

Méditerranée et à l'Adriatique au Sud, sans parler des nombreux peuples qui en sont tributaires ; au cœur de cet empire immense, le royaume des Francs à lui seul comprend la Neustrie, la Bourgogne, l'Austrasie, la Saxe, la Thuringe, la Bavière, l'Alamanie.

Cette grande unité de l'empire de Charlemagne montre au plus haut degré cette force de centralisation propre à la nation franque et à cette partie de l'empire qui correspond à la France actuelle (1).

Il semble que l'on devrait arrêter cette période de l'histoire au traité de Verdun (843), date à laquelle, par suite du partage de l'empire en trois royaumes, les trois races des Germains proprement dits, des Gallo-Francs et des Italiens, se séparent les unes des autres pour toujours. Cependant, comme, dans ces trois royaumes, les rois de la maison Carlovingienne ne font dans leurs capitulaires (qui constituèrent jusqu'à la disparition de leur race la principale source législative), que répéter les principes et les idées de leurs prédécesseurs, on peut la prolonger jusqu'au moment où, à l'avènement de Hugues Capet (987), un nouvel état de choses apparaît sous l'influence des idées gallo-romaines et de la féodalité (2).

§ II. — Dans cette période franque, il faut distinguer parmi les races qui peuplent la Gaule, deux nationalités principales, les peuples gallo-romains, et les peuples germaniques. Et il y a par suite aussi un double droit, le droit romain déjà établi et qui va perdre de sa force, et le droit germanique, qui arrive et qui va détrôner l'autre (3).

La Gaule, à l'époque de sa conquête par les Francs, était

(1) Cf. Glasson : *Les rapports du droit français et du droit allemand*, p. 14. — Warnkœnig : *Franzœs. Rechtsgesch.*, I, chap. I.

(2) Cf. Warnkœnig : Op. cit., I, *Introd.*. — Cf. Schæffner : *Geschichte der Rechtsverfassung in Frankreich*, I, chap. I et ss.

(3) L'influence du droit canon ne se fait sentir que plus tard, en plein moyen-âge, époque où la foi chrétienne est des plus vives.

surtout composée de Romains ; et même le nombre des Wisigoths et des Burgondes qui étaient déjà établis dans le pays était certainement supérieur à celui des Francs au moment où ils arrivent ; mais ceux-ci ont dû probablement être suivis par de grosses masses de même race, ce qui seul peut expliquer, à côté de leur pouvoir naturel de domination, la prépondérance de leur élément et de leurs principes sur les peuples déjà établis en Gaule (1). Nous allons suivre en quelques mots le développement de cet élément germanique à côté et au-dessus des éléments qui lui sont opposés.

Pendant toute la domination des Francs, l'existence continue du droit romain dans les régions du sud de la Gaule est un fait qui n'a été contredit par personne. Mais on a été beaucoup moins affirmatif quant à son extension au nord.

Non seulement on avait hésité à admettre sa coexistence à côté du droit germanique, mais des jurisconsultes comme Grosley, avaient tranché la question en décidant que jamais le droit romain n'avait eu cours au nord de la Gaule. Cette thèse consacrait une erreur ; déjà Bouthier, Bretonnier, Fleurus et Dubos s'étaient élevés contre elle, et les nouvelles recherches de Savigny ont prouvé que les sources elles-mêmes condamnent la théorie qui consiste à nier que le droit romain ait existé au nord de la Loire. Cependant il a peut-être acquis ici une moins grande force, et Pardessus soutient en effet que l'organisation municipale et la juridiction romaine, les deux causes ordinaires de l'extension de ce droit, ont été moins répandues dans cette région (2).

A côté du droit romain se rencontrent dans le nord de la Gaule, les droits germaniques, dont le principal est le droit des Francs Saliens. Après leur conquête, en effet, les Saliens devaient appliquer tout de suite leur force merveilleuse à dissoudre les caractères originaux des autres races ;

(1) Cf. Schæffner : Op. cit., I, p. 96.

(2) Pardessus : *Loi salique*, p. 515. — Cf. *contra* Schæffner : op. cit., I, p. 97 et 102.

ils étaient parvenus à créer un territoire unique du droit dans les pays qu'ils avaient soumis, territoire qui s'étend sur la Gaule comme sur l'Allemagne. De sorte qu'en Gaule il ne reste plus en général que la grande opposition entre le droit franc d'une part et le droit romain de l'autre (1).

La Loi Salique, en effet, dont le berceau se trouve dans les régions des Pays-Bas actuels, et non de l'Allemagne (2), devient en Gaule, comme nous l'avons vu précédemment pourles pays allemands (3), la législation générale de tous les Francs (4); et de nombreuses sources prouvent la prépondé·rance de ce droit sur les autres. Nous avons vu que la Loi Ripuaire se ressent fortement de l'influence de la Loi Salique (5); en outre le droit salien prend la place des autres droits germaniques en Gaule. Dans le Languedoc, les sources prouvent que même dans cette province, cependant éloignée du centre du royaume franc, régnaient exclusivement déjà au IXe siècle les principes de cette race sur la justice, la procédure et le droit privé; et un recueil de Perard (6) nous montre le même fait pour la région des Burgondes à la même époque.

On peut donc dire qu'au IXe siècle déjà, il n'y a en réalité dans toute la France qu'un seul droit en face du droit romain, et ce droit germanique c'est le droit des Francs Saliens (7).

(1) Cf. Lamprecht : *Beitrage zur Geschichte des franzœs. Wirtschaftsleben im elften Iahrhundert*, p. 3.

(2) Cf. Schæffner : op. cit , I, p. 118.

(3) *Supra*, chap. II, p. 132.

(4) *Hac Lege Salica nobilissimi Francorum adhuc utuntur*. Otto de Freisingen. Chron. L, IV, C. 32.

(5) Cf. *supra*, chap. II, p. 132.

(6) *Recueil à l'usage de l'histoire de Bourgogne*.

(7) Cf. Sohm : *Zeitschrift der Savigny Stiftung*. Partie germanique, 1er article, p. 14, cf. *supra*, chap. II, p. 132, cette prépondérance exclusive du droit salien en Allemagne au Xe siècle. — Cf. Lamprecht : *Deutsch. Wirtschaftsleben im Mittelalter*, I, ch. I.

Comment et en vertu de quels effets cette assimilation, cette fusion des divers droits en un seul s'est-elle produite, c'est ce que nous allons voir rapidement.

A l'époque où les Francs conquirent la Gaule, rien n'est moins certain que l'existence d'un droit propre aux Gaulois (1) ; mais nous avons montré qu'il existait dans les deux parties de la Gaule une vaste étendue de droit romain. Ce droit romain dut évidemment coexister avec le nouveau droit germanique. Par politique d'abord, et par l'impossibilité où ils se trouvaient de le remplacer immédiatement par un système meilleur, les Francs laissèrent aux Gaulois la jouissance de leur droit privé qui n'était que du droit romain pur ou modifié ; et par suite de leur fierté naturelle, et de leur attachement aux principes de leurs races, ils conservèrent leur droit propre ; Schæffner (2) nous prouve que jamais les Francs n'abandonnèrent leur législation (3).

Il en fut probablement de même pour les autres peuplades qui furent peu à peu absorbées par les Francs ; quoique vaincues et soumises, ces races ne perdirent pas à l'origine leur nationalité. Et cette situation créée par la reconnaissance de la personnalité des peuples envahis par les Francs ne pouvait engendrer autre chose que des lois personnelles. Mais ce système de la personnalité des lois, qui se trouve après que le pays fût assujetti aux Francs, et qui laisse même encore des traces tardives au xe siècle (4) ne pouvait pas subsister longtemps. Une multitude de causes, telles que les

(1) Cf. Pardessus : *Mémoire sur l'origine du droit coutumier en France*, § 1. — Schæffner : op. cit., I, chap. X.

(2) Op. cit., I, chap. X.

(3) Chez les Francs, le droit romain n'existe qu'à l'état de droit doctrinal (Warnkœnig : op. cit., II, chap. I). — Schrœder (*Zeitschrift, f. Rechtsgesch*, XV, p. 44) soutient même que dans les régions où naquit la Loi Salique, le droit des Saliens n'a pas régné à côté du droit romain comme simple *Stammesrecht*, mais que par destruction de ce dernier il a été le seul droit territorial et coutumier.

(4) Cf. Warnkoenig : op. cit., II, chap. I. — Pardessus : op. cit., p. 18.

alliances ou les changements de résidence, firent perdre au bout de quelque temps aux habitants le souvenir de leur véritable origine, et par suite de la loi qui leur était propre, pour ne plus avoir recours qu'à la loi de la race dominante. A l'époque de Charlemagne même, il est probable que l'idée d'un droit uniforme ne fut pas étrangère à l'Empereur d'Occident; mais vraisemblablement il trouva de grandes difficultés dans la réalisation de ce projet et il se borna à publier des Capitulaires généraux, applicables à tout son empire, système que suivirent également les rois de la troisième race; et ces ordonnances générales, bien qu'elles contiennent parfois des règles du droit romain, doivent être considérées comme des sources du pur droit germanique et franc.

Une autre cause très importante de la ruine du système de la personnalité fut l'action des tribunaux; il n'y avait en effet à cette époque qu'un seul tribunal pour juger les différends des personnes de race distinctes; à une époque où les lois écrites étaient rares, les juges finirent par ne plus avoir à l'esprit que les principes des habitants dont ils avaient, en vertu de leur prépondérance numérique, à juger plus fréquemment les causes, et ils finirent ainsi par juger d'après les lois des francs qui leur étaient mieux connues.

Enfin il faut citer une dernière raison de la prépondérance du droit franc; la prérogative d'invoquer une loi personnelle n'appartenait qu'aux libres dont le nombre diminuait de jour jour, pour former principalement la race dominatrice (1).

La première trace formelle de la décadence du système de la personnalité et de la naissance du principe de la territorialité des lois apparaît dans un Capitulaire de Charles le Chauve, de 864 (2). Ce changement ne tarde pas à se consommer par la constitution du système féodal : il n'y a plus de conquérants ni de conquis, il n'y a plus que des seigneurs et des sujets; la personnalité des lois ne devait plus exister

(1) Cf. Pardessus : op. cit., p. 20 et suiv.

(2) Cf. Sur ce Capitulaire, Pardessus, op. cit., p. 24.

parce que les hommes n'étaient plus membres de telle ou telle nation, mais parce qu'ils étaient maintenant sujets de telle ou telle juridiction; la justice et les tribunaux des seigneurs, ainsi que la juridiction de l'Eglise achevèrent la réforme (1).

§ III. – Notre droit français repose sur les fondements établis d'après les principes germaniques par ce droit des Francs saliens (2). Et l'influence de ce dernier est considérable en France même dans les temps postérieurs à l'époque que nous avons caractérisée du nom de période franque. Mignet (3) a montré le caractère profondément germanique de la féodalité en Gaule ; et Schaeffner, qui corrobore l'opinion de ce dernier dans le même ordre d'idées, retrouve ces mêmes éléments dans la conception première de l'armée et l'organisation des finances (4). Ces principes du droit public ont leur répercussion sur notre droit privé; c'est surtout par le maintien, chez les Francs, des distinctions entre les diverses classes sociales, et la résistance des principes anciens propres à la noblesse, qui ne disparaissent pas chez eux comme chez les Wisigoths et les Burgondes (5), que se trouvent perpétuées en France la plupart des règles germaniques; la classe des libres, la noblesse, avait par suite de ses liens intimes avec le régime de l'occupation des terres, la plus grande influence sur les règles du droit coutumier, car les principes les plus importants de ce dernier reposent sur cette base territoriale; c'est sur celle-ci que s'appuient les règles du droit de famille, la conception du bien de famille et par suite les idées sur le mode de succéder à ce bien et de le conserver au groupe familial. Et c'est au maintien des anciens principes sociaux des Francs que l'on doit,

(1) Cf. Pardessus : op. cit., p. 20 et suiv.

(2) Cf. Glasson : op. cit., p. 18.

(3) *De la féodalité*, chap. I.

(4) Schaeffner : op. cit., I, chap. IX.

(5) Schaeffner : op. cit., I, chap. X.

dans le droit français, la continuation de ces idées germaniques.

Les Leges Barbarum en général, et la Loi Salique en particulier s'étaient effacées peu à peu pour former un droit coutumier, toujours basé en fait sur les mêmes principes germaniques du droit franc, mais qui avait perdu la notion de son origine première et ne se souvenait même plus des lois qui lui avaient donné naissance. Ce droit des Leges sous forme coutumière, que l'on pourrait appeler la « *coutume germanique* », se retrouve dans plusieurs parties de la France pendant le xe siècle et même encore pendant les xie et xiie siècles; cependant cette coutume avait été peu à peu et presque généralement remplacée par des usages locaux, basés sur ses principes, jusqu'au moment où. au xiiie siècle se fit jour, avec Beaumanoir, l'idée d'un droit commun à toute la France (1).

Nous avons vu que ce résultat, cette prépondérance, avait résulté de diverses causes, mais principalement de la fusion des différentes races qui peuplaient la Gaule, races qui se trouvèrent, vers le ixe siècle, soumises presque uniformément à la législation des Francs saliens (2). Cependant en vertu de la situation plus particulièrement prépondérante des Francs dans le Nord de la France, où se trouvait le siège des rois, il s'établit une distinction nettement marquée entre cette région de la *Langue d'Oil*, qui était, aux yeux des peuples, la vraie France, et la région du sud de la Loire, ou région de la *Langue d'Oc*. Et il se forma ainsi un droit du Nord et un droit du Sud; la principale différence est que, dans le premier, des éléments purement germaniques y dominent, tandis que dans le second le droit romain a conservé toute son autorité. Mais nous avons vu (3) qu'il ne faudrait

(1) Nous avons assisté en Allemagne à un résultat semblable à l'époque qui précède l'apparition du Sachsenspiegel et du Schwabenpiegel. — Cf. *supra*, chap. II, p. 134.

(2) Cf. *supra*, chap. III, p. 239.

(3) *Supra*, chap. III, p. 241.

pas dire que le droit germanique seul a eu cours dans les régions du Nord, tandis que le droit romain aurait exclu toute influence germanique au sud ; il y a eu des deux droits à des degrés différents dans les deux régions, mais l'élément romain a conservé sa prépondérance dans la partie de la Langue d'Oc.

La cause originaire de cette distinction peut se trouver dans les circonstances qui accompagnèrent les invasions germaniques et l'établissement des Francs en Gaule. Les conquérants firent fuir les populations Gallo-Romaines qui se trouvaient au Nord, et leur nombre surpasse celui des anciens habitants ; c'est pourquoi les lois franques dominèrent presque exclusivement en ce sens que le nombre des causes jugées d'après celles-ci se trouvant, en proportion du nombre des habitants de race franque, plus nombreuses, ces lois finirent par être plus connues des juges et exclusivement appliquées ; et à l'époque où les justiciables n'eurent plus le droit d'invoquer le privilège de la personnalité, la jurisprudence des tribunaux se trouva tout naturellement formée de droit germanique.

Il en fut autrement dans le midi de la Gaule : lorsque les Francs passèrent la Loire et y pénétrèrent, les mœurs se trouvaient déjà adoucies par la civilisation, et les conquérants ne repoussèrent point devant eux les populations qu'ils envahirent. Il faut remarquer aussi que leurs armées étaient moins nombreuses que les troupes qui s'étaient établies dans le Nord, et que réciproquement l'importance numérique des hommes soumis au droit romain était beaucoup plus grande ; le droit romain lui-même se trouvait dans cette région plus solidement ancré dans les mœurs que dans l'autre ; aussi pour la même raison que précédemment conserva-t-il son influence prépondérante (1).

(1) Cf. Pardessus : op. cit., p. 40 et suiv. — Ginoulhiac : *Histoire du régime dotal et de la communauté en France*. Introd., p. 29. — Troplong : Préf. *Contrat de mariage*, p. 83 et suiv. — Cf. *contra* Dareste de la Chavanne : *Histoire des classes agricoles*, p. 84 : Il

Voilà pourquoi la France, se divisait à l'époque du moyen-âge, en deux régions bien distinctes, pays de droit écrit et pays de droit coutumier. C'est cette dernière partie seule que nous avons à envisager.

Dans le grand débat des jurisconsultes français du XVIIIe siècle sur l'origine de notre droit coutumier, ceux qui on cherché à ramener celui-ci à une base unique, comme Grosley qui la trouve dans le droit celtique, et Laferrière dans la féodalité, ont soutenu une thèse erronée. Il est beaucoup plus probable que dans chaque localité le droit s'est formé d'après les besoins et les mœurs de ses habitants, mais en se fondant sur les principes élémentaires de la race qui la peuplaient. C'est pourquoi au Nord de la France, dans chaque droit local les Codes et usages francs prédominèrent et constituèrent les principaux éléments de la coutume ; si l'on parcourt en effet les principes de la Loi Salique et des Capitulaires on est convaincu facilement qu'une multitude de règles qu'on y rencontre ont dû servir à bâtir notre droit civil coutumier. Et il faut affirmer que le droit franc se maintint au nord pour former le droit qui fut plus tard le droit commun de la France (1). Le type le plus pur du droit du franc se trouve dans la coutume de Flandre (2); et sur le modèle de cette dernière se forment les coutumes d'Artois, de Boulogne, de Picardie, du duché de France et de la Champagne, tandis qu'en Normandie, le droit conserve un caractère un peu différent (3). Peu à peu la coutume d'origine germanique gagne de plus en plus du terrain et déjà à l'épo-

soutient que la population de la France actuelle est restée purement romaine, et il restreint l'influence germanique à certaines régions seulement, la Franche-Comté, les Flandres, l'Alsace, régions pour lesquelles il s'appuie d'ailleurs sur le même raisonnement.

(1) Cf. Pardessus, op. cit., pp. 50 et suiv. — Barazetti : *Einführung in das franzœs. Civilr. und das badische Landrecht*, p. 6.

(2) Cette région est d'ailleurs le pays d'origine de la Loi Salique. — Cf. *supra.*, chap. III, p. 242.

(3) Cf., Warnkœnig : op. cit., II, chap. II.

que du moyen-âge, il faut bien remarquer que malgré la division en pays de droit écrit et pays de droit coutumier, cette législation commence à pénétrer aussi dans le sud, dans les pays de la Langue d'Oc, à tel point qu'au moment de la rédaction officielle des coutumes, le droit coutumier est le droit presque général de la France, aussi bien au midi qu'au nord.

Dans les premiers temps de notre droit coutumier, dans sa période de formation qui s'étend du IXe au XIIIe siècle on peut sous distinguer trois époques principales :

1° Jusqu'au XIe siècle il n'y a pas encore de coutumes rédigées, sauf de très rares exceptions;

2° Au XIIe siècle commencent quelques rédactions locales (1).

3° Enfin au XIIIe siècle avec le Conseil de Pierre de Fontaines (2), le Livre de Jostice et Plet (3), les Établissements de Saint Louis (4) et surtout l'œuvre de Philippe de Beau-

(1) C'est dans cet intervalle qui va de la fin du IXe siècle à la fin du XIIe siècle qu'il faudrait chercher le véritable état du droit coutumier. Mais cette époque est très obscure ; tout au plus pourrait-on se servir d'un document précieux, les *Assisses du Royaume de Jérusalem*, qui appartiennent à la fin du XIe siècle et qui d'après des preuves incontestables, ont emprunté leurs dispositions aux usages de France. Mais la rédaction que nous possédons est très probablement d'une époque postérieure, elle a donc dû subir des transformations et l'on ne doit s'en servir qu'avec une grande prudence. — Cf. sur la rédaction des *Assises :* Pardessus, op. cit., pp. 62 et suiv.

(2) Rédigé vers 1253. Il est consacré à la coutume de Vermandois, mais, en fait il rapporte surtout des décisions empruntées au droit romain.

(3) Rédigé vers 1255 ; il émane de l'école Orléanaise et contient un mélange de droit coutumier, de droit canon, et de droit romain. Plusieurs auteurs (Klimrath, Warnkoenig, Laferrière) soutiennent qu'il est d'une date postérieure aux établissements de Saint Louis, et qu'il est seulement du commencement du XIVe siècle. — Cf. *contra :* Viollet: *Précis*, p. 180; Beaune : *Introduction à l'étude de l'Histoire du droit coutumier*, chap. V, § I.

(4) Publiés entre 1272 et 1273. — Ils se rapportent aux régions de la Touraine, de l'Anjou et de l'Orléanais.

manoir (1) commence la formation d'un droit commun de la France ; à cette époque l'opposition entre les pays de droit écrit et les pays de droit coutumier se trouve très nette (2).

A partir de ce moment commence l'étude du droit canon, et plus particulièrement du droit romain, dont la renaissance apparaît déjà au XIIe siècle. Ce dernier remonte du midi vers le nord où son influence peu à peu devient telle qu'au XIVe siècle on appelle la coutume un droit « haineux ». Cette diffusion d'un droit si opposé dans ses principes au droit coutumier et aux idées germaniques, peut s'expliquer par un engouement naturel pour tout ce qui est nouveau, et aussi par la tentation que l'on pouvait éprouver à utiliser cet édifice juridique que l'on trouvait tout construit.

Sous cette nouvelle influence et sous la direction des ordonnances royales qui s'appuient sur les idées romaines de la doctrine, les coutumes deviennent pendant toute la période des XIVe et XVe siècles un mélange de droit national ou franc et de droit romain. Depuis la fin du XVe siècle le souvenir des origines est presque perdu ; le droit franc avait été perdu de vue, s'était effacé avec les troubles de la période féodale ; et il en était résulté cette idée erronée des anciens auteurs que les coutumes ne devaient leur origine et leurs principes qu'à la féodalité (3), et que l'on pouvait par suite se

(1) *Coutume de Beauvoisis*, publiée vers 1279 ; elle contient les règles de la coutume générale du royaume de France.

(2) Postérieurement à cette époque il faut citer : les *Décisions* de Jean Desmares, les *Anciens Usages d'Artois* (1300), le *Très Ancien Coutumier de Bretagne* (premier tiers du XIVe siècle), le *Grand Coutumier de France* (publié sous Charles VI, vers 1389), la *Somme Rurale*, de Bouteillier (vers 1389). Mais dans la plupart de ces recueils on ne retrouve point l'état primitif du droit coutumier. — Cf. Pardessus : op. cit., p 60. — Ginoulhiac : op. cit., Introd., p. XXXV. — Beaune : op. cit., chap. V, § 1

(3) Sur la foi des anciens auteurs, les Leges Barbarum ainsi que leurs principes avaient été anéanties par la féodalité. Ce n'est que tardivement que l'on est revenu à des idées plus justes avec des jurisconsultes comme Ducange, Brodeau, Bignon, Pardessus, Laboulaye, Ginoulhiac, Klimrath, Troplong, etc. Cf. Warnkoenig, op. cit., II, chap. II.

dispenser d'étudier les lois des barbares. Aussi au moment où l'on cherchait une base pour construire notre droit national, on s'attacha tout naturellement au droit romain que l'on connaissait seul. Cette construction est le grand mouvement de cette époque qui se réalise par la rédaction officielle des coutumes,

L'année 1453 est, pour le droit coutumier, ce que la Révolution de 1789 a été pour le droit moderne, le point de départ de la revision et de la rédaction de la législation nationale. On conçoit à ce moment le besoin d'approprier aux mœurs la coutume, qui n'était plus d'accord avec elles ; ce grand travail dure près de cent ans et est l'œuvre à la fois de la royauté et de la doctrine. On peut distinguer dans cette période deux époques : celle de la première rédaction, qui comprend la première moitié du XVIe siècle, et celle de la seconde, qui embrasse toute la seconde partie du XIVe siècle (1).

Mais à cette époque le droit romain domine presque complètement (2) ; et pour l'époque de la deuxième rédac-

(1) Pour les détails sur la rédaction des coutumes, cf. Beaune : *Droit coutumier français*, I. Avant-propos. — Brissaud : *Manuel d'histoire du droit français*. — Klimrath : *Etudes sur les Coutumes*, chap. Ier.

(2) Après sa renaissance, le droit romain avait séduit tous les jurisconsultes ; la nouvelle législation passa dans leurs écrits et servit à interpréter la coutume et même à la réformer. Et cette influence du droit romain a eu cette conséquence fatale, qui a duré pendant des siècles, de nous faire rompre avec un passé historique qu'il avait rendu odieux. Cependant ce droit n'eut pas toute la force que l'on pourrait croire, et à cette époque même on peut distinguer deux camps dans la doctrine. Tandis que d'un côté certains jurisconsultes ne voient que par le droit de Rome, d'autr s comme Dumoulin, d'Argentré, Guy Coquille et Pasquier peuvent être appelés les jurisconsultes du droit coutumier, bien qu'ils appliquent eux-mêmes la loi romaine ; car nous les voyons considérer le droit romain, non comme le droit commun de la France, mais comme un droit « *de raison* », C'était l'opinion de Lizet dans un débat célèbre contre de Thou, que l'on retrouve dans la jurisprudence des arrêts, et il est intéressant de rapporter ici l'avis de Guy Coquille qui soutient les arguments du premier : « donc, dit-il, le droit civil romain n'est pas notre droit

tion, son influence traditionnelle, que soutient l'un des principaux rédacteurs, Cujas, dans ses travaux de grand romaniste, efface encore davantage qu'à l'époque de la première, les éléments du droit coutumier pour les remplacer par ceux du droit romain (1).

Cependant, malgré cette grande force du droit romain, la coutume, dans ses principes fondamentaux, reste ce qu'elle était sous l'esprit nouveau qui la rédige; car la rédaction officiellle ne fut en réalité que la constatation et le récolement des usages anciens alors en cours (2). D'ailleurs les principes du droit franc étaient trop profondément ancrés depuis des siècles dans l'esprit des populations et dans leurs usages pour que le droit romain pût les déplanter entièrement et s'implanter à leur place. Il ne faut donc voir dans l'œuvre des romanistes qu'une teinture des principes germaniques sous la couleur du droit de Rome; ayant perdu les traces de l'origine de notre droit, ils cherchent à lui donner une explication raisonnée par les théories qui leur arrivent toutes bâties de Rome; mais les principes fondamentaux restent; il y a une simple superposition des idées romaines, et l'on peut dire que les coutumes, d'origine germanique, ne changèrent pas de caractère, malgré la fausse interprétation

commun et n'a pas force de loi en France, mais doit être allégué seulement comme de raison. Les lois faites par les Romains nous doivent semondre à nous en aider quand les constitutions et ordonnances de nos rois, ou le droit général français non écrit, ou nos coutumes nous défaillent ». Et d'ailleurs le droit romain n'avait même pas partout en France une aussi grande vigueur; il n'était, que droit subsidiaire en Bourgogne, en Franche-Comté, à Melun Sens, Etampes, Orléans, Tours, Reims, dans la Normandie, l'Anjou et l'Angoumois. — Cf. Warnkoenig : op. cit, II, chap. III. — Ginoulhiac : op. cit, *Introd*, p. 40.

(1) Cf. Warnkoenig : op. cit., II, chap. III. — Pardessus : op. cit. p. 61.

(2) Cf. Beaune : op. cit., I. Avant-propos, p. 7. Les comptes-rendus de la rédaction de la *Coutume de Bourgogne* ne laissent aucun doute à cet égard : il en est de même pour la rédaction de 1510 de la *Coutume de Paris*.

donnée par leurs commentateurs 1). Et il est aisé, en effet, de retrouver dans notre droit coutumier, même à sa dernière époque, de nombreux principes qui sont propres aux régimes ordinaires dont il est issu. Nous verrons que ces éléments, qui résistent à l'œuvre réformatrice de la Révolution, tant il est vrai que le droit vraiment national d'un peuple ne s'efface jamais, se retrouvent avec autant de clarté dans notre Code civil actuel.

§ IV. — Dans notre ancien droit il faut distinguer, à côté des coutumes elles-mêmes. les principes du droit coutumier ; les premières varient dans chaque contrée et dans chaque ville ceux-ci au contraire sont généraux et communs à ces diverses institutions. L'universalité de ces principes est la preuve d'une influence unique et prépondérante à l'origine de la coutume, que nous avons trouvée dans le droit franc : c'était déjà l'opinion de Dumoulin ; et avec un auteur moderne, Klimrath, il faut conclure de tout ceci, que les principes renfermés dans les coutumes sont certainement les meilleurs commentaires de notre Code civil ; c'est pourquoi, avant d'aborder son étude, il est nécessaire de voir quelles sont ces conceptions du droit germanique qui, dans la législation coutumière, ont formé les bases de notre droit moderne (2).

Il y eut dans notre droit, à côté de l'élément romain tardif, une série de conceptions, se rapportant principalement aux idées germaniques sur la famille, et qui, dans leurs formes tout à fait distinctes du premier, forment une classe bien à part à toute époque de notre vie législative : il y a d'un côté les éléments du droit romain, et de l'autre les éléments du droit germanique qui s'opposent en tout temps clairement les uns aux autres, opposition que l'on retrouve dans toute l'étendue du pays de coutume.

(1) Cf. Barazetti, op. cit. § 7. — Schaeffner : op. cit , chap. XII.

(2) Cf. Ginoulhiac : op. cit., Introd. p. 24.

Nous avons déjà vu, et nous reviendrons ultérieurement sur ce point (1) combien la conception de la famille chez les Germains différait de l'idée que s'en faisaient les Romains ; toute l'antithèse réside particulièrement dans les caractères bien distincts du pouvoir absolu du *Paterfamilias* d'une part, et du *Hausherr* germain de l'autre ; tandis que le premier est un maître absolu, sans tempéraments, le second n'est en principe que le représentant d'un groupe d'associés ; et de là aussi la grande différence au point de vue du patrimoine de la famille qui, à Rome, est la propriété du père de famille, tandis que chez les peuples germaniques il appartient à la collectivité, dont les droits limitent fortement ceux du représentant. Cette idée de collectivité a donné à la propriété germanique un caractère qui l'oppose à la propriété romaine ; tandis que dans celle-ci le propriétaire peut aliéner librement, au contraire, inaliénabilité et impartageabilité sont les principes qui dominent dans le régime de la propriété germanique. Et ce droit de la famille s'était fait sentir jusque dans la succession : pour que le bien lui fût conservé les femmes en étaient exclues en tout ou en partie.

De cette différence générale découlent de nombreuses règles propres aux races germanique et franque ; et ce droit de famille des Germains, avec ses conséquences, a été une des bases principales de notre droit coutumier et de notre droit français actuel encore (2).

La famille française, surtout avant la Révolution, était la vraie famille germanique ; jusque tard dans le moyen-âge elle ne constituait chez nous qu'un petit groupe politique et privé, qui s'étendait comme chez les Germains jusqu'au septième degré de parenté. Mais c'est surtout l'idée de la

(1) Cf. *supra*, chap. I, p. 12 ; chap. II, p. 118 ; *infra*, chap. IV, p. 349.

(2) Cf. Schaeffner : op. cit. I. chap. XI. — Pardessus. *Loi Salique* p. 451. Nous retrouverons d'une façon très profonde l'idée germanique de la famille lorsque nous parlerons de la propriété collective et des communautés de famille en France. Cf. chap. IV, pp. 370 et suiv.

copropriété du groupe familial et de ses membres au patrimoine commun qui a laissé des traces indestructibles, non seulement dans le droit coutumier et féodal, mais jusqu'à nos jours. Toutes les institutions dont nous allons parler ont une pensée commune : assurer la conservation des biens patrimoniaux et la stabilité des familles : cette idée du bien de famille et de sa conservation au groupe, nous l'avons rencontrée souvent dans les chapitres précédents chez les Germains (1). Dans tout notre droit coutumier on retrouve ce besoin de maintenir intacte la famille, base sur laquelle repose chez nous, comme à l'époque germanique, tout l'édifice social de l'ancienne France. Qui dit alors famille, comme au temps des ancêtres francs, dit une espèce de société en participation dont tous les membres sont tenus de se prêter aide et assistance dans une sorte de communauté morale. Cette association familiale a une durée illimitée ; et son effet se perpétue à travers les générations, car les règles qui gouvernent le patrimoine de la famille s'inspirent toutes de cette même pensée : le souvenir des aïeux et la prévision des petits-fils (2).

C'est dans ce but, et en vertu de la copropriété des membres du groupe, que nous retrouvons dans les biens, cette grande distinction en propres et acquêts, distinction du droit germanique qui oppose au « *Stammgut* » « *das neu erworbene Gut* » (3). Dans le droit coutumier, comme dans le droit germanique, chaque propriétaire peut disposer libre-

(1) Cf. chap. I, pp. 11 et ss , chap. II, pp. 147 et suiv.

(2) Cf. Beaune : *Droit Coutumier*, II, pp. 437 et suiv.

(3) Les propres s'appellent *terra aviatica*, *hereditas paterna*, *alode parentum*, ou *terra salica*. Les acquêts *comparatum*, *adtractum*, *adquisitum conquisitum*, cf. Pardessus, op. cit , p. 691.— Cette distinction des propres et des acquêts a ses racines profondes dans la conscience germanique, et on en trouve le point de départ déjà à l'époque des *Leges Barbarum*, (cf. *Lex Rip.* tit. LVI. — *Lex Salic.*, tit. LXII). En Allemagne cette distinction se rencontre à l'origine plus particulièrement dans les villes, cf. Verdelot, op. cit., pp 74 et suiv.

ment des acquêts, tandis que le Stammgut représente la garantie de toute la famille et ne peut être aliéné par suite sans le consentement de ses membres (1). Cette grande division, qui apparaît déjà très nette à partir du IXe siècle, et les caractères de chacun de ces biens, ont entraîné, dans notre droit coutumier, une multitude de règles particulières.

« *Dû au lignage* », voilà d'abord l'idée générale qui préside aux principes gouvernant les propres. On la trouve exprimée dans toutes les règles qui concernent la succession à ces biens, sous cette formule brève « *paterna paternis, materna, maternis* » déjà mentionnée par Beaumanoir, et qui signifie qu'à défaut de descendants du *de cujus* on appelait au propre ceux de ses ascendants ou de ses collatéraux qui se rattachaient à lui par le côté d'où le propre lui était venu.

Le propre était en outre assuré au lignage par une série de règles qui en garantissaient la conservation. La principale était l'institution du Retrait Lignager, c'est-à-dire le droit accordé à certains héritiers de pouvoir, en remboursant le prix d'achat, retirer des mains de l'acheteur le bien qui avait été aliéné sans leur consentement.

On a cherché l'origine de cette institution avec Cujas dans le droit romain et même dans le droit mosaïque, mais ces opinions ne sont que des hypothèses ; la vérité est que seul le système de la propriété collective des peuples germaniques (2) y a donné naissance et qu'elle dérive comme en Allemagne de l'ancien Beispruchsrecht dont nous avons déjà parlé (3).

Chacun pouvait aliéner librement ses acquêts d'après les coutumes du moyen-âge, comme dans le droit germanique (4);

(1) Cf. *supra* chap. I, p. 11.

(2) Cf. *infra* chap. IV, pp. 337 et 11. — p. 348.

(3) Cf. *supra* chap. I, pp. 14 et suiv. — Le Beispruchsrecht s'est changé en Retrait Lignager dans certaines rénsgio de ce pays.

(4) Cf. Ginoulhiac : op. cit., p. 278. — Schaeffner : op. cit., I, pp. 296 et suiv.

le Stammgut, au contraire, était bien commun de la famille et soumis au droit éventuel des héritiers ; aussi le possesseur de ce bien ne pouvait-il en disposer sans le consentement de ces derniers, à défaut duquel l'aliénation était nulle. La législation des Capitulaires défendait de disposer des propres sans l'assentiment des parents ou héritiers du vendeur, et plus tard les Chartes de Communes d'Amiens et de Beauvais (1182) consacrent implicitement ce retrait. On retrouve la règle clairement exprimée dans les Anciens Usages d'Artois : « Et convient que li hoir, si c'est fief, le rapporte aussi et die quel droit il a en cel héritage, ou qu'en icelui il pooit echer, et qu'il le rapporte en le main dou seigneur pour l'achateur et le doit nommer » (1). Cette règle protectrice se développe, et au XIV[e] siècle se rencontre d'une façon presque générale sous le nom de Retrit Lignager *jus retractus conservatorium familiæ.* Diverses espèces de biens se trouvent soumis au retrait (2) qui, fondé sur les liens du sang et le désir de maintenir autant que possible les biens patrimoniaux dans la famille, était accordé à celle-ci tout entière ; il suffisait d'être parent pour pouvoir l'exercer ; les enfants des vendeurs pouvaient le faire pendant toute sa vie, et ses héritiers après son décès.

D'ailleurs, la règle germanique qui permettait au posses-

(1) *Anc. Usages d'Artois.* XXIV, 7. — Cf. Warnkoenig : op. cit., II, p. 431. — Lefebvre. Cours 1897-1898. — Garsonnet : *Histoire des locations perpétuelles*, p. 526.

(2) En général, des immeubles, héritages ou droits fonciers ; cependant on trouve quelquefois certains meubles soumis à ce droit. — Cf. Beaune : op. cit., II, p. 432 et suiv. — Ginoulhiac : op., p. 218. — M. Ginoulhiac : p. 275, a le tort de rapporter cette idée de conservation du bien de famille à la féodalité ; car les droits de Retrait Lignager et de Prémesse, ainsi que le droit de réserve, se retrouvent chez Beaumanoir établis aussi bien pour les roturiers que pour les nobles. Ce qui prouverait encore que le retrait lignager est d'origine germanique, c'est le délai d'an et jour accordé à l'héritier pour l'exercice de son action, délai que l'on peut considérer comme un véritable *usus regni Franciæ* et qui est une prescription propre aux Francs. — Cf. Schæffner : op. cit., I, p. 295.

seur d'aliéner ce bien de famille sans le consentement de ses héritiers dans le cas d'extrême nécessité, *Echte Noth*, a subsisté dans la plupart des coutumes (1).

D'autres protections, qui découlent toujours de la même idée germanique, se retrouvent dans nos coutumes à propos du testament et aussi des donations entre vifs ; le droit de réserve, qui est accordé aux héritiers directs ou collatéraux, porte sur une certaine partie des biens immobiliers et patrimoniaux dont il ne pouvait être disposé, sans le consentement des réservataires par libéralité d'aucune espèce (2).

Dans toute la matière du droit de succession on retrouve encore de nombreuses autres règles qui se rapportent au principe germanique de la copropriété familiale ; la distinction des héritiers et des successeurs aux biens, l'ordre successoral des héritiers *ab intestat*, l'impossibilité d'exhéréder certains héritiers, le principe de la saisine héréditaire accordée aux héritiers, l'institution elle-même des exécuteurs testamentaires et enfin l'exclusion des femmes, le privilège de masculinité et le droit d'aînesse (3) en découlent directe-

(1) *Pauvreté jurée*. Cf. Warnkœnig : op. cit., II, p. 569. Il y a d'ailleurs dans notre droit d'autres retraits qu'il ne faut pas confondre avec celui-ci : ce sont les retraits conventionnel, ecclésiastique, débital, de bienséance, féodal, et censier.

(2) Cf. *Cout. de Ponthieu* : art. 19 — *de Boulenois* : art. 92, 124 — *d'Artois* : art. 70 — *de Loudunois* : XXVI, art. 4 — *d'Anjou* : art. 245, 246 — *de Touraine* : art. 251, 253 — *du Maine* : art. 362 — *de Bretagne* : art. 270, 274 — Cf. le *Freittheil* du droit allemand et Schwarz : op. cit., § 20.

(3) Le droit d'aînesse, basé sur une idée germanique, ne se trouve cependant pas dans les documents antérieurs à la féodalité. D'après le *Conseil* de Pierre de Fontaines (chap. XXXIV, § 2), et les *Etablissements* de Saint-Louis (liv. I, chap. VIII) ; il est des deux tiers des héritages. Il varia depuis et fut réduit plus tard. — Le père de famille ne pouvait disposer de cette partie de son patrimoine qu'avec le consentement de celui auquel elle était dévolue. « Se gentieux homme à plusieurs filles et il leur fait advis ou don sur toute sa terre, faire le puet par le gré et l'assentiment de son ainsné hoir. » (*Anciens Usages d'Artois*, tit. XXXVIII.) Rapprochez du droit d'aînesse l'*Anerbenrecht* allemand ou droit de transmission intégrale à un

ment (1). Les substitutions aussi, qui furent d'un grand usage parmi la noblesse pendant la période antérieure à la Révolution, tendaient à cette conservation dans son intégralité du patrimoine familial.

Dans un autre ordre d'idées, il faut voir encore, comme étant d'ordre germanique, la situation, dans la coutume, des enfants naturels qui ne sont pas héritiers ; enfin la puissance paternelle et la puissance tutélaire, telles qu'on les retrouve dans notre ancien droit coutumier, sont exclusivement basées sur la conception germanique du mundium du père de famille (2).

§ V. — Nous avons montré quelle a été l'importance prépondérante du droit franc dans la formation de notre droit coutumier, et nous avons pu constater que les principes germaniques introduits par cette législation n'ont pas eu moins de durée chez nous qu'en Allemagne, où la place que ce droit a occupée a été aussi grande (3). Il y a donc dans la législation des deux pays une base d'origine commune, et si l'on suit

seul. L'Anerbenrecht à son point de départ dans la communauté familiale et principalement dans la communauté paysanne. Il s'est développé au moyen-âge surtout, soit dans l'intérêt des seigneurs, soit dans l'intérêt des paysans, et des influences économiques et ethnologiques poussent à sa conservation jusqu'à nos jours. — Cf. Verdelot : op. cit , pp. 350 et suiv. — Frommhold : *Die rechtliche Natur des Anerbenrechts nach der neuesten deutsch. Hofegesetzgebung und das Verhæltniss desselben zu dem alteren bauerlichen Anerbenrecht.* — Blondel : *Etudes sur les populations rurales de l'Allemagne*, chap. 1er, pp. 191 et suiv.

(1) Cf. Ginoulhiac : op. cit., p. 269. — Garsonnet : op. cit., pp. 205 et suiv. — Brentano : *Gesammelte Aufstäze.* — Schaeffner : op. cit., I, p, 296. — Pardessus : op. cit., pp. 695 et suiv. — Beaune : op. cit., II, pp. 437 et suiv., p. 63. — Barazetti : op. cit., § 7.

(2) Cf. Barazetti : Op cit., § 7. — Ginouilhac : Op. cit., p. 272. — Nous ne parlons pas ici des principes germaniques qui sont à la base de nos institutions de la communauté entre époux et de la puissance maritale ; nous aurons l'occasion de revenir bientôt sur ce point, que nous traiterons très en détail. — Cf. *infra*, chap. III, pp. 275 et ss.

(3) Cf. chap. III, p 242 et p. 253; chap. II, p. 131.

parallèlement le développement historique des principes juridiques de chacun de ces peuples, on n'est pas long à s'apercevoir qu'en de nombreux points il a été le même.

Cette identité n'a rien qui doive nous étonner, car à l'époque de formation des principes fondamentaux des droits de ces deux nations, nous voyons l'Allemagne et la France actuelles former un seul territoire du grand empire de Charlemagne (1), et se trouver toutes deux soumises au pouvoir dirigeant et pleinement étendu d'une race dominante, celle des Francs. Les territoires de l'Allemagne annexés au royaume des Francs depuis leur conquête se trouvaient administrés par les fidèles des rois francs (les *villici*), que ces derniers avaient installés sur les terres conquises pour les représenter (2). Par eux, l'influence unificatrice des Francs s'étendait, plus grande encore, et de même qu'il avait été le plus fort et conquis la prépondérance politique, le peuple Franc s'était assuré ainsi la prépondérance législative ; si l'on ajoute à cela les tendances du grand législateur que fut Charlemagne, qui chercha certainement par ses ordonnances, applicables à tout l'Empire, à faire progresser l'idée, irréalisable à son époque, d'une unité législative, on ne sera pas étonné que l'Allemagne et la France aient des principes communs et qu'à un degré aussi élevé que chez nous, on rencontre partout en Allemagne, et même en Saxe, une égale influence carlovingienne et franque (3).

Il est vrai qu'au IXe siècle, l'union matérielle des deux pays se rompit ; mais à cette époque, les principes qui formèrent la base des institutions postérieures de chacun d'eux avaient déjà pris racine profondément, et il est clair que cette séparation de fait ne dut point amener de changements considérables dans les éléments constitutifs, qui ne se diversifièrent que dans les détails de leurs applications. Nous

(1) Cf. *supra*, chap. III, p. 239.

(2) Cf. Verdelot : Op. cit., p. 360.

(3) Cf. Gaupp : *Verfassung der Sachsen*, p. 35.

avons déjà noté (1) que, malgré le partage de l'empire, tant que dura la race carlovingienne, les rois de cette maison continuèrent en Allemagne, comme ceux de France, les traditions législatives de la nation franque.

D'une façon générale, d'ailleurs, les périodes de l'histoire sont à peu de chose près les mêmes chez les deux peuples. La période franque se termine à Hugues Capet en France (987), et en Allemagne à la chute des Carlovingiens (88); la seconde va en France jusqu'à l'avènement de Charles VII, et en Allemagne jusqu'en 1495. Enfin, la troisième période s'étend chez nous jusqu'à la Révolution seulement, tandis que chez nos voisins elle se prolonge jusqu'en 1806 (2). Et à cette époque très récente, où l'union matérielle des deux pays s'était trouvée rétablie à nouveau, c'était parce que les principes législatifs des deux pays étaient identiquement les mêmes, qu'aurait pu se produire sans difficulté l'unité législative de l'Allemagne sur la base du Code Napoléon, qui ne fut empêchée que par une cause purement fortuite (3). « Le Code Napoleon, dit Picard (4), a pu sans inconvénients être imposé au pays Rhénan et à la Belgique, et y subsister longtemps après la séparation, parce qu'il s'agissait de nations au fond très fraternelles d'origine, malgré toutes les balivernes de la gallophobie et de la germanophobie. » C'est pourquoi aussi M. Sohm pouvait dire, d'une façon paradoxale mais vraie, dans un de ses cours : « la législation du monde où l'on trouve le plus de droit allemand, c'est le Code civil français » (5).

Le sentiment juridique des deux pays a en effet été le même pendant des siècles, et il n'est actuellement, malgré les appa-

(1) Cf. *supra*, chap. III, p. 240 et p. 244.

(2) Glasson : Op. cit., p. 3 et ss.

(3) Cf. *supra*, chap. II, pp. 209 et ss.

(4) *Le Droit Pur*, p. 317.

(5) Cf. la même idée dans Zœpl : *Das germanische Element im Code Napoléon* dans *Zeitschr. f. Deutsch. Recht.*, 1841, V, p. 110 et suiv.

rences, pas différent du nôtre. La doctrine allemande semble donner aux institutions du droit allemand communes à notre Code civil, une base qui diffère des principes admis par nous jusqu'à ce jour ; il n'en est rien cependant et elle n'a fait que remettre en lumière les véritables origines des deux législations ; et en appliquant à leurs règles, non pas des idées nouvelles, mais les conceptions vraies, elle a simplement rétabli pour certains principes juridiques leur nom exact.

Cette mise au point est le résultat de savantes recherches historiques, qui ont été en Allemagne beaucoup plus nombreuses et plus importantes que chez nous, où les travaux sur le droit germanique se sont heurtés à deux obstacles ; d'abord à un sentiment de chauvinisme exagéré, ainsi qu'à une tradition historique qui nous a longtemps écartés de l'idée d'admettre dans notre législation l'œuvre du droit germanique ; et cependant puisqu'il est avéré que nous sommes des Francs, il est bien difficile de nier notre origine germanique. En outre, l'influence du droit romain qui, entré chez nous plus tôt, à une époque où la coutume et la doctrine étaient peu solides encore, a effacé pendant longtemps le souvenir de toute autre base juridique.

A ce dernier point de vue le droit allemand est resté beaucoup plus pur de toute influence romaine, et par suite plus intimement lié à ses origines que ne le fut le droit français. Déjà dans la première période on rencontrait en France, à côté du droit franc presque général, de nombreuses régions de droit romain au sud, dont le contact devait nécessairement être de grande influence ; et on trouve même à côté des Leges Barbarum la Lex Romana Burgundiorum et la Lex Romana Wisigothorum (1).

Dans les régions de l'Allemagne, à cette époque, la situation est toute différente : il n'y a pas de droit romain implanté

(1) Cf. Glasson : op. cit., p. 5.

à côté du droit germanique qui n'a pas à subir son contact, même éloigné.

Et pendant tout le cours de la deuxième période, en vertu même de ses racines antérieures, le droit romain eut une influence beaucoup plus considérable en France où les jurisconsultes ne parlaient plus que par lui, tandis qu'en Allemagne, au contraire, ceux-ci le laissaient de côté comme une chose redoutable. Chez nous il passe à cette époque à l'état de véritable droit national, et l'établissement de la papauté à Avignon n'est pas absolument étrangère à ce fait.

Pour l'Allemagne la « réception » du droit romain se fait d'une façon soudaine et brusque, et constitue le fait capital de la troisième période seulement ; et ce qui prouve encore combien les deux nations et leurs lois étaient voisines l'une de l'autre, c'est que tous les ouvrages allemands de cette époque qui professent la nouvelle doctrine sont de pures inspirations du droit français ; c'est d'ailleurs, chez nous, dans nos universités, que de nombreux étudiants allemands viennent s'instruire sur le droit romain, tandis que des professeurs comme Chabot, Fromont, Dumoulin, Doneau, etc., vont professer en Allemagne (1).

Aussi, en vertu de cette fraternité d'origines et de caractères que nous venons d'indiquer, et malgré les divergences qui ont été en plusieurs points suscitées par une influence différente du droit de Rome, voit-on à toutes les époques, depuis la séparation, la France et l'Allemagne se côtoyer et se frôler dans leur vie juridique. Chez l'un et l'autre peuple, le mouvement général de la législation suit des étapes identiques. Dans la seconde période, l'effacement progressif des Leges Barbarum donne en même temps dans les deux pays naissance à un droit qui reste longtemps à l'état de simple coutume locale, sans qu'aucun recueil ou compilation apparaisse. Et au XIII[e] siècle nous voyons composer en Allemagne les deux ouvrages connus sous les noms de *Sachsenspiegel* et de *Schwabens-*

(1) Cf. Glasson : op. cit., p. 9, 17 et s.

piegel, tandis qu'en France commencent les véritables rédactions du droit coutumier.

Nous remarquerons sans insister que, dans les deux pays, les œuvres de cette époque, indépendamment de nombreuses ressemblances dans les institutions qu'elles exposent, portent les mêmes noms ; en Allemagne on dit *Miroir de Saxe* et *Miroir de Souabe*, et chez nous nous trouvons le *Speculum Juris* de Guillaume Durand.

Les idées générales de cette époque sont en outre semblables dans les deux pays. Les principes de la féodalité et du droit public ont les mêmes bases. Le régime féodal allemand n'a pas d'autres origines que la vassalité franque, et les deux institutions se rapprochent pendant leur durée quant à la situation des personnes et quant au régime des terres et des charges dont celles-ci sont grevées. Les ressemblances dans les principes politiques ne sont pas moindres (1).

C'est que la puissance de la race franque s'affirme encore dans cette période comme à l'époque où les deux pays étaient réunis dans l'Empire de Charlemagne. Au moyen-âge la France, et surtout la France du Nord, est la nation qui se trouve à la tête de l'histoire de ce moment. Bien que la couronne impériale ait éte attribuée, sur la tête d'Otto le Grand, à la nation allemande, cette dernière ne fut point la directrice du mouvement intellectuel et de son développement. Cet honneur était réservé à la France qui marchait à la tête de la civilisation du moyen-âge. L'impulsion de l'Eglise jusqu'à la fin du XII[e] siècle vient de France ; en France se trouve le siège de la philosophie et de la théologie de cette époque. En même temps que cette partie intellectuelle, une série d'autres institutions traversent le Rhin en route pour l'Allemagne : la chevalerie, les croisades, les tournois et le culte des femmes sont autant de principes qui viennent de France (2).

(1) Cf. Warnkoenig, op. cit. III, p. 266.
(2) Cf. Sohm, op. cit., p. 67.

Enfin l'organisation judiciaire avait été la même sous les deux premières races dans tout l'empire des Francs ; à partir de Hugues Capet seulement des différences se font sentir dans les deux pays. En France, à partir de cette époque, la justice royale n'est pas un instant arrêtée dans son extension continuelle. En Allemagne, au contraire, on rencontre une marche différente : à côté de la procédure nationale, on trouve une influence de plus en plus profonde du droit canonique.

Enfin, dans la troisième période on assiste en France et en Allemagne à un même mouvement qui tend de plus en plus à réaliser l'idée de l'unité du droit dans chaque pays ; chez nous, cet effort aboutit à la rédaction officielle des coutumes, et enfin, à une époque postérieure, à la constitution de notre Code civil ; en Allemagne, si la réalisation de cet idéal a été plus tardive, les aspirations n'ont pas été moins vives et c'est de bonne heure aussi que l'on a manifesté le désir de posséder une législation uniforme (1).

Si telles sont les ressemblances générales dans le développement historique et législatif des deux nations, on en rencontre de plus précises encore dans le droit privé de chacune d'elles.

Dans les deux pays ce droit remonte aux mêmes sources germaniques et franques ; il faut simplement se souvenir qu'en France le droit romain n'a jamais cessé de régner au Sud de la Loire, tandis qu'en Allemagne il n'a pénétré que par une irruption soudaine et tardive dans tout l'empire. Mais on trouve une influence identique du droit canonique et du droit germanique : le premier a dans les deux pays rapproché l'une de l'autre l'organisation de la famille ; le second a donné aux principes de la propriété en France et en Allemagne les mêmes formes, sauf de légères différences de détail, et a con-

(1) Cf. *supra*, chap. I, p. 32 et p. 80 ; chap. II. p. 209. — Glasson : op. cit., pp. 19 et ss. Sur l'analogie de l'évolution française et de l'évolution de l'ouest de l'Allemagne, cf. Büchenberger, *Grundzuge*, p. 381.

servé à la propriété immobilière pendant longtemps une prépondérance marquée, d'origine germanique, et dont il est resté des traces nombreuses en Allemagne et en France jusque dans le Code civil.

Au moyen-âge principalement, l'Allemagne est un pays absolument soumis à un droit identique à celui de la France du Nord, de la France coutumière. C'est pourquoi M. Sohm disait que « le Sachsenspiegel pourrait trouver dans la coutume de Normandie et dans la coutume de Paris de nombreux éclaircissements et inversement » (1), et plus loin : « le Sachsenspiegel ne contient que du droit franc de l'ouest, du droit général de la France ! (2) »

Nous avons déjà rencontré plusieurs principes semblables dans les législations des deux pays et nous rencontrerons dans les pages suivantes de nombreuses applications de cette idée, que nous relèverons en passant sans en dresser ici une liste fastidieuse ; et bon nombre de règles communes se reconnaîtront même dans notre Code.

§ VI. – Dans la construction du Code civil rien n'a été changé aux principes germaniques de la coutume énoncés plus haut et qui faisaient de celle-ci une législation sœur du droit allemand.

Cependant la Révolution avait accompli une œuvre néfaste à l'égard de ces derniers. Elle avait surtout appliqué ses idées égalitaires à la destruction de l'ancien système germanique et féodal de la succession d'un seul, pour mettre à sa place le système de l'égalité. La pensée des nouveaux législateurs était d'anéantir tout ce qui tenait à la consolidation du patrimoine sur la tête d'un seul, aux avantages et à la conservation des biens dans la famille.

Les conséquences de ces idées furent l'abolition du droit d'aînesse et du privilège de masculinité, et la loi des 8-15

(1) Op. cit., p. 65.

(2) Op. cit., p. 66.

avril 1791 appelle tous les enfants sans distinction de sexe au partage égal du patrimoine des parents (1). Les substitutions sont prohibées (loi du 15 octobre 1792) et le retrait lignager est aboli par la loi du 25 juillet 1790.

La réforme se montre avec plus de netteté encore dans les lois de l'An II ; la loi du 5 Brumaire confirme l'égalité des enfants au partage en consacrant l'obligation du rapport de tout ce qu'ils avaient déjà reçu, et la loi du 17 Nivôse sur les successions établit un système fondé sur les idées nouvelles et supprime toute distinction entre les biens.

Ainsi la Révolution avait nivelé la coutume et détruit les distinctions si importantes entre les aînés et les puînés, les garçons et les filles, les biens patrimoniaux et les biens acquis, les immeubles et les meubles.

Le Code civil, tout en acceptant certains des principes de la Révolution, a fait une transaction entre la loi romaine et la Coutume sur laquelle il s'est basé presque entièrement. Et l'on peut dire que dans les luttes entre le droit franc et le droit romain qui se sont battus pour la première place aussi bien en Allemagne qu'en France (2), le Code civil, par un grand nombre de ses dispositions, constitue la première victoire de l'élément germanique dans la codification du second de ces pays : car le Code civil a restitué à sa patrie sous forme de lois, la plus grande partie de ses éléments nationaux.

Les rédacteurs du Code civil se sont basés d'abord sur les écrits des jurisconsultes français, comme Pothier, qui avaient

(1) Le principe du partage égal n'était cependant pas inconnu de la Coutume avant la Révolution : on le rencontrait dans l'Orléanais et dans l'Ile de France pour les bourgeois et les paysans. Voyez des aperçus intéressants sur l'inconvénient de ce système égalitaire dans la transmission des biens ruraux dans Baudrillard : *Etude sur la famille en France. Revue des Deux-Mondes*, 15 avril 1872. Cf. même idée et une comparaison avec le système allemand de l'Anerbenrecht dans Blondel : *Etude sur les populations rurales de l'Allemagne*, 2e partie, pp. 191 et suiv.

(2) Cf. *supra*, chap. I, p. 25, p. 32, p. 80; chap. II, p. 197.

adopté le droit romain il est vrai, mais un peu de la même façon que les jurisconsultes allemands du XVIII[e] siècle, c'est-à-dire un droit romain modifié par la pratique et le contact de la coutume, et par suite bien moins un vrai droit romain qu'un *usus modernus* du même. Et à côté de ces écrits, il s'est servi surtout de documents coutumiers, particulièrement de la coutume de Paris, surtout pour le régime des successions, la communauté entre époux et les servitudes immobilières. Enfin il faut parler encore des ordonnances royales dans lesquelles il a puisé pour les testaments et les donations, les formalités dont il les entoure (1). Il y eut donc dans le Code une fusion des éléments germaniques représentés par les Coutumes, du droit romain tiré des écrits de la doctrine et des règles des ordonnances royales qui contenaient déjà des deux autres.

C'est dans les conceptions du droit coutumier que le Code a puisé les liens de parenté qui l'unissent étroitement, par des idées germaniques communes, au droit allemand. Bien que les principes de la législation coutumière adoptés par les rédacteurs fussent moins les règles mêmes des coutumes que les idées juridiques des auteurs antérieurs, qui n'étaient elles-mêmes que du droit coutumier décomposé sous le prisme du droit romain (2), ces principes se retrouvent néanmoins avec tant de clarté dans le Code, qu'ils nous fournissent la preuve irréfutable que les institutions franques se sont conservées dans toute leur force à travers les siècles. On constate, il est vrai, à leur côté, les empreintes de la science juridique romaine et de la philosophie du XVIII[e] siècle. Mais malgré ce fait le Code n'en montre pas moins dans certaines institutions des caractères qui sont propres aux coutumiers allemands du moyen âge et par conséquent au droit germanique le plus pur. Et il a cela de commun avec eux qu'il s'occupe médiocrement des doctrines générales et de la théorie

(1) Cf. Zoepl.: op. cit., p. 116. — Barazetti : op. cit., § 7.
(2) Barazetti : op. cit., § 3.

des obligations, et que la plupart du temps il s'en remet à l'appréciation du juge, comme au moyen-âge on s'en rapportait à l'équité des échevins ; de même, ainsi que dans le droit germanique, le système des actions, qui est la partie la plus brillante du droit romain, est restée peu développée dans le Code, comme dans les livres germaniques du moyen-âge, et se trouve même, à l'exception de quelques décisions telles que la revendication des meubles, complètement passée sous silence (1).

Ce n'est pas seulement dans ces généralités, mais encore dans de nombreuses institutions particulières que le Code civil laisse entrevoir à un très haut degré son caractère de législation germanique.

Il faut signaler d'abord comme concordance, la suprématie des statuts réels sur les statuts personnels. Et nous trouvons en Allemagne ce principe identique : *Erbe nimmt man nach des Landresrecht und nicht nach dem Mannes Recht* (2). On voit donc, que malgré l'œuvre unificatrice de la Révolution, en matière de succession, cette idée de l'importance prépondérante et capitale des immeubles n'a pas entièrement disparu du Code (3).

La maxime « *ne dote qui ne veut* » que reproduit le Code vient d'un principe franchement opposé à l'obligation de

(1) Cf. Zoepl : op. cit., p. 118 et 11.

(2) Sachsenspiegel : I, 30.

(3) Nous la retrouvons encore en matière de communauté entre époux ; les immeubles et les meubles sont clairement distingués à propos des pouvoirs du mari en matière de donation ; et cette distinction est conservée avec sa force ancienne dans la composition du patrimoine commun : les immeubles restent propres tandis qu'ils sont séparés à la fois des meubles et des acquêts qui deviennent communs. — Nous laisserons ici de côté de nombreuses ressemblances plus concluantes encore que l'on rencontre, dans le régime de communauté du Code ainsi que dans les règles sur la puissance maritale, avec les principes germaniques et allemands. La question sera traitée en détail au chap. V.

doter sa fille que la loi romaine imposait au père, obligation que les lois allemandes ne connaissaient pas non plus (1).

Les bases de la puissance paternelle, comme dans la coutume, et quoique imprégnées de droit romain, sont purement germaniques; ce n'est pas dans le Code la puissance despotique de la *Patria potestas ;* elle n'est pas autre chose que le mundium germanique (2). Si ce principe n'a été admis en forme positive que par les lois de la Révolution, cela prouve simplement qu'un peuple, même après des siècles d'oppression de ses formes nationales, retourne toujours tôt ou tard et fatalement à ces dernières. Et j'en trouve la preuve encore dans ce qui s'est passé à l'occasion des enfants naturels. Tandis que le décret du 2 novembre 1797 admettait les enfants naturels dans la succession de leurs parents au même titre que les enfants légitimes, le Code retourne aux anciens principes du droit franc et du droit allemand : la règle « l'enfant naturel n'a point de famille » est d'origine germanique et on la retrouve dans le Sachsenspiegel et dans le Schwabenspiegel (3).

Dans l'institution de la tutelle également on constate les restes de nombreux éléments du droit germanique (4).

Les principes fondamentaux du régime successoral du Code appartiennent au droit franc. L'ordre successoral des héritiers *ab intestat* est du pur droit germanique, et le mot *héritier* a dans le Code même le sens de successeur légal que les mots allemands *Erbe*, *rechter Erbe*, Le dicton du vieux droit allemand *der Todte erbet den Lebendigen* n'est que l'équivalent de la maxime coutumière, *le mort saisit le vif.* Et la saisine des héritiers légitimes n'est pas autre chose que le *Fallrecht* allemand. Nous avons déjà remarqué dans la

(1) Cf. Sachsenspiegel, I, 5, § 2.

(2) Cf. Sachsensp. : I, 42.

(3) Sachsensp. : I, 38, I, 51. — Schwabensp. : chap. 41, chap. 377, — Cf. Zœpl : op. cit., p. 119. — Barazetti : op. cit., § 7.

(4) Cf. Schwabensp. : chap. 63. — Sachsensp. : I, 42.

coutume (1) que le droit de succession se basait tout entier sur l'idée fondamentale propre au vieux droit germanique, de la copropriété familiale ; Zachariæ a démontré clairement la subsistance de cette base dans notre Code (2) et les deux lignes paternelle et maternelle actuelles rappellent l'ancienne règle « paterna paternis, materna maternis ». Mentionnons encore la conservation de l'institution germanique des exécuteurs testamentaires et du principe de l'effet déclaratif du partage (3).

Enfin la règle « *En fait de meubles la possession vaut titre* » de l'art. 2279 repose sur la même base que cette autre du droit allemand « *Vo man seine Glauben verloren hat, da muss man ihn suchen* » (4).

§ VII. — Nous venons de nous convaincre que le développement des principes juridiques de la France, depuis l'époque des origines, et pendant toute la période du droit coutumier a été tellement semblable au mouvement que le droit avait suivi en Allemagne, qu'il a abouti à une œuvre législative finale dont les fondements reposent sur des éléments identiques dans les deux pays. Il n'est donc pas possible qu'un principe très important dont nous avons en Allemagne indiqué l'origine et suivi l'évolution (5), le principe de la Gemeinderschaft zu Gesammter Hand, n'ait pas eu en France, parmi tant d'institutions semblables, une place aussi grande que celle qu'il a occupée dans la nation sœur.

La Gesammte Hand, en effet, est un principe non seulement du droit germanique, mais particulièrement du droit franc ; et c'est le Nord de la France, bien plus que les régions de l'Allemagne actuelle, qui a été le vrai berceau de cette

(1) *Supra*, chap. III, p. 255 et ss.

(2) Zachariæ : *Handbuch des franzœs. Civilr.*, I, § 197.

(3) Cf. Zoepl : op. cit., p. 120. — Barazetti : op. cit. : p. 43. — Ginouilhiac : op. cit., p. 354.

(4) Sachsensp : II, 60. — Cf. art. 2119, Code civil.

(5) Cf. chap. I, chap. II.

législation (1) qui, peu à peu, a constitué les principes coutumiers communs à tout notre pays : la conception franque de la copropriété en main commune aurait donc dû exister en France avec autant de force qu'en Allemagne. Et on l'y rencontre en réalité. Nous mentionnerons au cours de cette étude plusieurs situations collectives qui, dans notre droit ancien comme dans notre droit moderne, doivent être considérées sans hésitation comme des formes de communautés zu Gesammter Hand (2). Il nous est impossible dans ces pages de rechercher quels ont été tous les cas d'application de ce principe dans notre ancien droit, et nous souhaitons seulement vivement que d'autres après nous entreprennent ce travail, et rendent aux autres institutions de nos législations coutumière et moderne leurs bases juridiques, historiques et véritables. Car nous affirmons, en vertu d'une conviction certaine, que la théorie de la Gesammte Hand du droit franc a existé chez nous au même titre que les nombreux principes d'origine semblable que nous avons relevés tantôt, et nous pouvons, à l'appui de notre opinion, donner quelques preuves rapides.

Nous ne reviendrons pas sur l'unité politique et législative qui pendant longtemps a fait de l'Allemagne et de la France un terrain également propre à la culture des mêmes principes (3). Mais nous insisterons sur le Capitulaire de 818, qui, nous l'avons indiqué (4) établissait, par la modification qu'il y apporte, la preuve de l'existence d'un Gesammteigenthum antérieur, et qui ne peut laisser aucun doute, par suite de sa portée générale dans tout l'Empire, sur ce fait que l'institution existait à cette époque aussi bien en France qu'en Allemagne (5). Et il faut faire observer à cette place que les com-

(1) Cf. *supra*, chap. III, p. 242.
(2) Cf. *infra*, chap. III, p. 275 et ss. ; chap. IV, pp. 381 et ss., et *supra*, les indications que nous avons déjà données au chap. I, p. 11, p. 17.
(3) Cf. chap. III, p. 239, 260.
(4) Cf. chap. I, p. 52, note
(5) Cf. Heusler : *Inst.* I, p. 237.

munautés de famille qui en Allemagne et en Suisse sont considérées sans discussion comme étant la forme première et originaire de notre principe (1), ont existé chez nous avec des caractères et des règles identiques à celle que l'on rencontre dans ces deux pays et s'y sont maintenues avec une égale force. Cette similitude sera établie bientôt (2), mais nous en tirons déjà ici cette conclusion que la même institution a donné en France naissance aux mêmes principes juridiques.

On peut trouver encore une autre preuve certaine en faveur de l'existence originaire de notre principe, dans les partages pratiqués par les rois Francs, partages dont les caractères correspondent exactement aux règles essentielles de toute copropriété en main commune. Ce n'étaient pas en effet des partages de propriété ; comme dans les anciennes communautés zu Gesammter Hand (3), il n'y avait en réalité que de simples partages d'administration, laissant intacte, au point de vue théorique, l'unité du royaume, qui était conservée à l'extérieur. Ces partages ne constituaient en fait qu'une variété des partages de jouissance ou « *Mutschierungen* » que les changements dans la vie sociale avaient rendus nécessaires à une autre époque, et que nous avons rencontrés, principalement parmi les « *Ganerbschaften* » nobles, basés sur l'ancien axiome « *Mutschierung bricht nicht Gesammte Hand* » (4). Ces partages se sont maintenus avec le même principe pendant toute la durée de la maison des Carlovingiens.

On peut noter encore une autre trace frappante du principe de la Gesammte Hand dans le traité d'Andelot (587) ; celui-ci

(1) Cf. *supra*, chap. I, pp. 17 et ss. ; *infra*, chap. IV, p. 354 et ss.

(2) Cf. *infra*, chap. IV, pp. 381 et ss.

(3) Cf. *supra*, chap. I, p. 21 ; *infra*, chap. IV, pp. 355, 365, 400.

(4) Cf. Verdelot : op. cit., p. 28. — M. Huber : *Gemeindersch.*, pp. 12 et ss. et note 4. — Eichhorn : op. cit., I, pp. 511 à 524. — Giercke : *Deutsch. Privatr.*, p. 667, note 18.

réglait les différends intervenus entre Childebert et Gontran, et décidait que l'héritage de celui des deux qui mourrait sans enfants passerait au survivant; il faut voir dans cette convention la reconnaissance de cette idée de quote-part, intransmissible héréditairement, parce qu'elle est inexistante, et qui ne peut donner lieu qu'à un simple accroissement en faveur des autres communistes.

Mentionnons également deux textes français d'une époque postérieure qui sont cités par les auteurs allemands comme faisant preuve de l'existence d'une de ces communautés dans lesquelles Heusler et Bluntschli reconnaissent l'existence de la Gesammte Hand. Le premier est une source du roi Louis VII (1177) : « *Notum facimus quod Hugo nos collegit cum heredibus nostris et recepit in territorium de F... coquidem pacto quod nos et Hugo cum heredibus nostris et suis dimidiabimus per omnia reditus et omnes exitus et justicias de F...* »; la seconde est de l'époque du roi Philippe-Auguste : « *Henricus abbas Bonæ Vallis Senonis nos adiit ibique nos sociumet participem facit et, ut vulgo dicitur, accolegit in villa. quæ dicitur L...* » (1).

Ces principes germaniques de la Gesammte Hand, dont l'existence à l'origine est indubitable en France, s'y sont très certainement maintenus jusqu'à nos jours, malgré l'influence du droit romain, qui a fait perdre un peu l'exacte notion des bases de nos institutions juridiques. Nous aurons l'occasion d'en citer quelques applications importantes et nous mentionnons ici l'opinion très formelle de Kohler qui, en s'appuyant sur des citations d'auteurs anciens tels que Pothier (2), et d'autres plus modernes, comme Proudhon (3), Laurent (4),

(1) Cf. Dunker : *Das Gesammteigenthum*, § IV, p. 33.

(2) *Traité des testaments*, chap. VI, sect. V, § III. — Au sujet de l'accroissement entre colégataires. — *Cout. d'Orléans*, Introd., tit. XVI.

(3) Op. cit., n° 676.

(4) *Princ. de Dr. civil*, t. XIV, n° 316.

Troplong (1), Marcadé (2) conclut en disant : « *es unterliegt daher keinen Zweifel, dass das Verhaeltniss der Gesammte Hand unter dem franzœsischen Recht begründet werden kann, und dass es, wo es von Alters her besteht, respectirt werden muss* » (3).

Section II

Généralités. — S'il nous est impossible d'établir pour la France l'évolution générale du principe de la Gesammte Hand, nous allons cependant l'entreprendre pour un cas particulier, c'est-à-dire, à l'occasion de la communauté entre époux.

Nous avons déjà démontré que l'existence d'une communauté en main commune était une institution spéciale et particulière au droit franc, et nous en avons suivi le développement jusqu'à nos jours dans une nation dont les principes sont de même source, dans l'Allemagne (4). Il serait peu probable que le droit franc, en raison même de son évolution très voisine dans d'autres institutions chez nous, y ait suivi une autre route en cette matière. Certes, en France, les troubles de la période féodale et l'influence plus précoce du droit romain en ont restreint le champ d'action en certaines parties, au point même de l'empêcher d'aboutir d'une façon générale à une communauté universelle ; mais le principe fondamental, la Gesammte Hand, a subsisté à travers les siècles et a été la base de notre régime matrimonial de droit commun, dont nous rencontrerons une multitude de règles semblables, à toutes les époques, et plus particulièrement

(1) *Des donations*, n° 2184.

(2) Sur art. 1044.

(3) Kohler : *Miteig. u. Gesammte Hand* dans *Zeitschr. f. franzœs. Civilrecht.*, p. 284.

(4) Cf. *supra*, chap. II, pp. 128 et ss.

au moyen-âge, à celles du droit allemand. « Il est indubitable, dit Euler à ce sujet (1), que dans les parties de Belgique et de France, où la Loi Salique a été en vigueur, des institutions juridiques identiques en sont résultées. »

Nous chercherons à démontrer d'abord l'existence indéniable de ce principe dans l'histoire de notre communauté coutumière ; le Code civil nous fournira la matière d'un chapitre spécial (2).

§ I. — Nous allons d'abord établir ici l'existence de notre principe dans la communauté pour toute la période qui s'étend depuis les origines françaises jusques et y compris toute l'époque du moyen-âge, et nous démontrerons en même temps combien le développement de notre régime se rapproche de l'évolution allemande.

Mais nous laisserons de côté pour l'instant la question de l'origine de la communauté, question qui trouvera sa place et ses détails plus loin (3). Nous ne reviendrons pas davantage sur les principes des Leges Barbarorum dont nous avons traité déjà d'une façon générale (4). Il suffit de rappeler ici que l'idée de l'achat, soit du mundium, soit de la femme elle-même, la règle juridique de la soumission de la femme au mundium du mari, qui recueille en même temps dans le Hausvermœgen les apports mobiliers d'abord puis immobiliers de celle-ci, et enfin les conceptions relatives à la dos et au morgengabe ont été les mêmes à l'origine de notre droit ; à cette époque encore la femme ne pouvait ni s'obliger, ni disposer de ses biens sans le consentement de son mari, qui ne devient cependant pas propriétaire de l'apport de son épouse. Le régime des conquêts suit l'évolution indiquée au chapitre précédent, et nous avons vu que peu à peu, l'usage

(1) *Güter und Erbrecht zu F,-a-M.*, bis 1509, § XIII.

(2) *Infra*, chap. V. pp. 438 et ss.

(3) Cf. *infra*, chap. IV, pp. 409 et ss.

(4) Cf. *supra*, chap. II, pp. 116 et ss.

d'abord, puis la loi, accordent à la femme certans droits sur ces biens. En un mot, chez nous comme en Allemagne, la forme première du régime matrimonial fut celle de l'*union des biens*, de la *Gütereinheit* du Sachsenspiegel postérieur, et à ce point de vue il est exact de faire remarquer ici, comme pour le droit allemand, que le régime de notre communauté constitue, en un certain sens, un dérivé de la forme de la *Güterverbindung* (1). Et peu à peu, l'idée d'une intime association, propre au droit des Francs, transforme l'ancien système en une entière communauté de biens; ce mouvement s'accomplit d'abord au nord de la France, régions opposées à celles où règne le droit romain, et dans lesquelles ce dernier pénètre peu.

Nous prendrons la communauté à l'époque où sa formation semble achevée déjà, c'est-à-dire aux environs du XIe siècle. Mais nous nous arrêterons tout particulièrement au XIIIe siècle, qui nous fournira les renseignements les plus clairs et aussi les plus purs pour toute la période du moyen-âge. C'est en effet l'époque où s'est produit pleinement et sans influences étrangères le véritable résultat coutumier; ce n'est qu'à partir d'une date postérieure que des déviations nombreuses commencent à s'accentuer. C'est d'ailleurs au même moment qu'en Allemagne aussi arrivent à leur éclosion les germes du droit franc et que l'on rencontre un régime de communauté dans lequel la masse patrimoniale ne se sépare plus à la dissolution en ses diverses parties composantes, mais en quotes-parts, sans aucune distinction basée sur l'origine des biens partagés.

En France, c'est au XIIIe siècle également que la communauté revêt le véritable caractère d'une société entre époux, dans laquelle ceux-ci ont une situation égale. Et c'est l'époque aussi où, grâce à Beaumanoir, on peut commencer à saisir l'ensemble des principes communs aux diverses coutumes,

(1) Cf. *supra*, chap. II, p. 144, note 1.

car le droit qu'il expose « *est commun à tous ou roiaume de de France* (1). »

La communauté entre époux semble aussi être le seul régime des biens entre époux connu de cette période ; Beaumanoir, qui ne paraît pas en concevoir d'autres, est très affirmatif dans ce sens : « chacun set que compaignie se fet par mariage, car si tost comme mariages est fes, li bien de l'un et de l'autre sont commun par la vertu du mariage » (2).

C'est donc à cette époque principalement qu'il faut se placer pour retrouver dans la communauté des coutumes les véritables principes du droit franc sur laquelle elle a été édifiée. Nous avons vu qu'en Allemagne (3) ceux-ci avaient abouti à la formation d'une unité juridique intime, consistant d'une part en une masse dans laquelle les biens sont confondus pour ne se séparer que d'après une distinction, spéciale au droit franc, en meubles et en immeubles et qui entraîne à l'origine de nombreuses conséquences, soit quant aux pouvoirs du mari, soit quant à l'action commune, soit enfin quant aux règles suivies au cas de dissolution ; et d'autre part, en un sujet unique formé par les deux époux dans leur union conjugale. Il faut voir quel a été chez nous le résultat auquel ont abouti les mêmes principes.

La base essentielle de toute communauté zu Gesammter Hand a toujours été un lien personnel d'une nature particulièrement intime unissant les membres entre eux (4). Et à toute époque chez nous, l'union des personnes a constitué le fondement sur lequel repose le régime de la communauté entre époux. Le moyen-âge consacre avec évidence son importance, car, par une règle, propre à la plupart des régions franques et que nous avons rencontrée aussi en Allemagne (5),

(1) *Coutumes de Beauvoisis*, textes publiés par Salmon, collection Picard. Prologue, n° 6.

(2) Op. cit., chap. XXI, n° 622.

(3) Cf. *supra*, chap. II, pp. 149 et ss.

(4) Cf. *supra*, chap. I, p. 19. — Chap. II, p. 202.

(5) Cf. *supra*, chap. II, pp. 176, 177.

la communauté de biens ne naît que lorsque l'existence du lien conjugal se trouve clairement établie soit par la cohabitation des deux époux pendant un an et un jour (1), soit par le coucher des deux époux (2). Ce délai ou ce fait matériel n'était, à une époque où la célébration du mariage n'exigeait encore aucune formalité légale permettant de fournir le témoignage incontestable de l'union des personnes (3), que la preuve tangible et évidente de celle-ci ; c'est pourquoi la communauté de biens, qui ne pouvait exister en dehors de la communauté des personnes, ne commençait que lorsque celle-ci se trouvait indubitablement établie par cette vie commune indéniable (4).

L'importance capitale du lien personnel apparaît encore dans ces deux faits qu'en principe la communauté des biens ne survit pas à celle des personnes (5), et que si cette dernière ne naît pas, en vertu d'une nullité quelconque, la communauté des biens n'apparaît pas non plus.

(1) J. Desmares : *Décis.* 247. — *Grand coutumier*, f. 82. — Beaumanoir : Op. cit.. chap. XXI, n° 625 : en vertu de ce fait que l'œuvre de Beaumanoir se rapporte au droit commun de France, il faut considérer la règle comme générale. Cf. *infra*, chap. IV, p. 421, pp. 424 et ss.

(2) Ou bien après la première nuit. Cf. *Cout. de Bretagne*, art. 424 ; *de Loudunois*, art. 24 ; *de Chartres*, art. 57 et 58.

(3) Cf. *infra*, chap. IV, p. 422.

(4) Ce retard apporté à la naissance de la communauté de biens est en outre la preuve intéressante de cette vérité qu'à la base de celle-ci, et de la situation réciproque du mari et de la femme, ne se trouve pas un simple élément de tutelle ; s'il en était ainsi, en vertu de la règle ancienne que le mari achetait le mundium, cette tutelle aurait dû prendre naissance immédiatement à la conclusion du mariage ; tandis que, reposant au contraire sur le principe d'une association dans laquelle les deux époux ont une égale situation, il est nécessaire que cette association soit clairement prouvée. Cf. Stobbe : *Handbuch*, IV, § 215.

(5) Ce fait que la communauté se continue entre le survivant et les enfants n'est pas contraire à cette règle ; car alors le lien personnel subsiste entre ces derniers qui ont pris la place du défunt, et l'époux vant.

Et à cette époque la communauté des biens ne peut pas disparaître tant que subsiste encore l'association des personnes, car la séparation des biens n'existe pas et s'introduit seulement postérieurement sous l'influence du droit romain.

La communauté de biens qui se forme peu à peu à partir du IXe siècle, se trouve déjà établie à l'époque des Assises de Jérusalem dont les règles sur la composition du patrimoine conjugal sont celles que l'on a continué à suivre dans les pays coutumiers (1). Et au XIIIe siècle la communauté de meubles et de conquêtes est complètement formée, soit dans les Etablissements de Saint-Louis, soit dans Beaumanoir et les autres recueils de cette époque (2).

2° A ce moment, le patrimoine de la communauté forme une seule masse, une universalité juridique comprenant un actif et un passif propres. L'actif se compose des meubles de chacun des époux qui leur appartiennent déjà à l'époque du mariage ou qui leur adviennent postérieurement, et de tous les conquêts immobiliers ou mobiliers faits pendant le cours de l'union conjugale. Le passif embrasse toutes les dettes antérieures des deux époux, sans distinction, ainsi que toutes les dettes contractées pendant le mariage soit par le mari, soit par la femme dans les limites de ses pouvoirs. Cette masse commune forme un patrimoine à part, se distinguant nettement, par sa composition et par les règles spéciales qui président à son organisation et à sa direction, des patrimoi-

(1) *Asssises du Royaume de Jérusalem*, C. 182 — Cf. Pardessus : *Mémoire sur l'origine du droit coutumier*, p. 87.

(2) *Etablissements de Saint-Louis*, I, 136 : « Si aucun hons qui avait muebles prenait une fame qui n'avait riens, et il morust, tout n'exist il hoir, si aurait la fame la moitié des muebles. Et si une fame bien riche prenait un home povre et il morust, si aurait il la moitié des muebles. Et ainsi peut len entendre que li muebles sont communs. — Cf. Beaumanoir : op. cit., chap. XXI, n° 622 : « ... Si tost connue mariages est fes, li bien de l'un et de l'autre sont commun par la vertu du mariage. » — Cf. *Grand Coutumier de France*, II, 33. — J. Desmares : *Décis.*, 247. — *Coutumes notoires* : 163.

nes propres à chacun des époux, qui comprennent principalement tous leurs immeubles.

Dans l'actif de ce patrimoine séparé qui est la propriété commune des deux conjoints, les biens sont intimement confondus, et forment une unité dans laquelle, d'après le principe fondamental de la Gesammte Hand, il est impossible d'attribuer à aucun des deux époux un droit à une quote-part déterminée soit dans l'ensemble, soit dans chacun des objets particuliers composant le tout. Au moyen-âge, comme à toutes les époques postérieures, c'est à la dissolution seulement que se révèle un droit de chacun des conjoints à une part particulière. Mais c'est principalement à cette époque primitive que le caractère d'indétermination des droits des époux est le plus frappant ; la Gesammte Hand, la communauté des époux a seule des droits dans ce patrimoine. Ce principe est tellement évident que nous verrons plus loin les jurisconsultes postérieurs conclure, pour l'expliquer, à la propriété du mari, en disant que la femme n'était pas associée (1). Ce qui était une erreur profonde ; la femme mariée du moyen-âge est associée au même titre que le mari, mais dans la communauté de biens dont les époux sont propriétaires en commun, aucune quote-part n'apparaît ni pour l'un ni pour l'autre ; seulement le mari a sur ce patrimoine les droits qui appartiennent à tout chef d'une Gemeinsderschaft zu Gesammter Hand. Tant que durait la communauté on ne pouvait pas dire et on ne disait pas que la femme était propriétaire d'une quote-part déterminée ; cette idée n'existait pas « *car elle n'a aucune coze se durant le mariage.* » (2). Les droits des deux époux ne se précisaient qu'au moment de la dissolution. Il était impossible de soutenir que, pendant le mariage, la femme ou le mari avaient droit à tant ; c'est pourquoi il faut bien remarquer que

(1) Cf. *infra*, chap. III, pp 3 3 et ss.

(2) J. Desmares : *Décis.*, 77. — Cf. d'Argentré : sur art. 408. *Anc. Cout. Bretagne*, glose 3.

jamais les coutumes ne parlent de l'existenne d'un semblable droit pendant la durée de l'union conjugale ; elles déclarent seulement qu'à la dissolution le mari et la femme prennent chacun une certaine portion du patrimoine commun. Et d'après tous les auteurs de l'époque du moyen-âge, c'est à la dissolution seulement que se révèle une co propriété par moitié. Pendant le mariage, les droits de la femme sont annihilés par ceux de la Gesammte Hand ; il n'y a donc pendant le mariage aucune part, aucun droit déterminé de l'un des époux, soit pour l'ensemble, soit pour chacun des objets qui composent la masse ; aucun d'eux ne peut dire que telle chose lui appartient pour moitié par exemple ; cet objet lui appartient en vertu d'un certain droit, mais dans une proportion indéterminée ; il est la propriété de la communauté, de l'unité que forment les deux conjoints dans leur union, c'est-à-dire des deux époux à la fois, sans limites marquées, en commun, *ingesammt ;* et il n'y a pour chacun d'eux qu'une simple expectative pour le cas de dissolution (1). C'est pourquoi à cette époque les droits qui appartiennent à la femme se distinguent encore très peu de ceux qui lui sont réservés à titre de douaire, parce que tant que dure la communauté, la femme n'a qu'un droit virtuel. A l'origine, tous ses droits de reprise se confondent dans l'idée du douaire ; c'est dans Beaumanoir seulement que commence la distinction entre ce qui sera son douaire proprement dit et ce qui est acquis à la femme en pleine propriété, à titre de femme commune, ce qui pourra être réclamé par ses héritiers (2).

(1) Cf. *supra*, chap. I, pp. 46 et ss. Cette expectative même peut faire défaut dans les cas où règne encore le principe d'accroissement propre à la Gesammte Hand, et que à la dissolution le survivant recueille l'ensemble du patrimoine soit en propriété, soit en usufruit, comme c'est le cas chez les nobles à cette époque. Cf. *infra*, chap. II, p. 303, ou qu'il n'y a pas de partage parce que les descendants prennent la place du défunt dans la communauté continuée. Cf. *infra*, chap. III, pp. 307, 333 ; chap. IV, p. 432 et ss.

(2) Beaumanoir : Op. cit., chap. XIII, n° 430 et ss., n° 440.

Enfin ces quotes-parts qui ne sont pas aliénables par l'un des époux ne donnent pas non plus droit à l'un d'eux de demander le partage (1).

Le sujet de cette communauté zu Gesammter Hand est représenté ici aussi par une unité extérieure qui se décompose à l'intérieur en deux personnes dans leur union ; c'est une pluralité et une unité, une unité collective (2). Cette unité externe est représentée par le mari. Et on trouve l'expression très claire et très précise de cette idée, qui est un peu celle aussi de la doctrine chrétienne sur l'union conjugale, dans le Grand Coutumier de Normandie : « *L'homme et la femme sont deux en une chair et que leur possession ne doit être qu'une, de quoy le mari a la seigneurie* (3). »

3° Ceci va nous amener à traiter des pouvoirs du mari. Au moyen-âge les deux époux sont deux associés égaux et leurs pouvoirs sur le patrimoine commun sont conformes aux principes de la Gesammte Hand.

A cette époque tous les textes nous disent que la femme est soumise au pouvoir du mari : « Mes voirs est que, tant comme ils vivent ensemble, li hons en est mainburnisseres », nous dit Beaumanoir (4) et les Coutumes Notoires ajoutent : « ... combien que le mari en ait le bail, gouvernement et autorité » (5). D'où vient ce pouvoir du mari. et quel est son véritable caractère ?

Il ne faut pas aller chercher notre puissance maritale dans le mariage in manu des Romains (6), et il ne faut pas non plus la faire dériver du mundium, si l'on interprète ce mot au sens qu'on lui prête lorsqu'on dit que la femme germaine passait sous le mundium de son mari (7). Cette dernière ex-

(1) Cf *supra*, chap. I, p. 52.

(2) Cf. *supra*, chap. I, p. 37.

(3) *Grand Cout. de Normandie*, chap. 15.

(4) Op. cit , chap XXI, n° 622.

(5) *Cout Notoires*, 163.

(6) Laurière : *Glossaire du droit français*, voc. communautés.

(7) Cf. Pardessus : *Loi Salique*, p. 665. — Troplong : Préf. *Contrat mariage*, p. 124 et suiv.

plication se rapporte à la conception de la tutelle perpétuelle des femmes germaines, et cette pensée de tutelle est tout à fait opposée à l'idée exacte qu'il faut se faire de la puissance maritale. On doit en effet distinguer nettement ce mundium tutélaire, que le mari germain acquiert sur sa femme, du pouvoir naturel qui appartient au Hausherr, au chef de famille ; à ce point de vue il est exact encore de dire que notre puissance maritale dérive du mundium. mais ce mot se trouvant pris dans un tout autre sens, dans celui de puissance domestique, de direction de la famille (1).

Le mari n'est que l'organe de la Gesammte Hand, il en est le représentant. Et à ce titre il se trouve le chef de l'association conjugale et l'administrateur de la masse commune. La représentation par le mari n'est qu'une organisation de la Gesammte Hand permettant à la volonté des deux époux d'apparaître et d'agir à l'extérieur comme une unité (2). Mais néanmoins il ne représente pas la communauté au nom de chacun des ayants droit, mais en son nom propre ; il la dirige par sa volonté autonome (3) et n'est pas chargé de rendre compte. Mais dans cette volonté dirigeante, la volonté de chacun des membres reste cependant retenue (4). C'est à ce titre de représentant de la Gesammte Hand qu'il a le droit d'agir seul dans la plupart des cas ; et c'est pour-

(1) Cf. Warnkoenig : op. cit., chap II· Cf. *supra*, chap. I, p. 59, chap. II, p. 136, p. 149, note 3, et p. 155. Je tiens à remarquer ici combien M. Lefebvre a dans son cours de 1897-98, exactement compris de même la situation du mari, et aussi celle de la femme, dans le mariage, ce qui est, en vertu des recherches très profondes de M. Lefebvre, une véritable garantie de l'exactitude de notre théorie Mais le savant professeur a le tort, à notre avis de chercher l'origine de la puissance maritale dans la seule direction chrétienne, et de ne vouloir en trouver aucun élément originaire dans les coutumes germaniques. Nous venons de voir au contraire que l'Einband du père de famille en est la base.

(2) Cf. Beseler : *Syst.*, II, p. 387, *supra*, chap. I, p. 62.

(3) Cf. Gerber : *Privatr.*, § 129 à propos du Lehnstræger ou Provasallus. Cf. *supra*, chap. I, p. 62.

(4) Cf. *supra*, chap. I, p. 63.

quoi, par une évolution que l'on retrouve dans la communauté en Allemagne (1) et dans tous les cas d'application du principe de la Gesammte Hand (2), ce pouvoir du mari devient presque absolu dans le cours des temps, c'est-à-dire qu'il acquiert le droit d'agir seul dans la plupart des cas où précédemment le concours des deux communistes était exigé (3).

C'est pourquoi il ne faut pas parler en cette matière de tutelle ou de protection à l'égard de la femme, qui est un communiste zu Gesammter Hand à l'égal de celui-ci ; la puissance du mari, nous le verrons, en raison de l'origine même de la communauté, n'est que le pouvoir d'un « maistre de communauté » (4) : dans le cas le plus fréquent et le plus indiscutable d'application de la Gesammte Hand, dans les sociétés tacites, le pouvoir unique d'un chef était la règle et nous avons déjà insisté de nombreuses fois sur cette idée

(1) Cf. chap. II, p. 149, p. 177.

(2) Cf. chap. I, p. 57. — Haenel : *Zeitschr. f. Rechtsgesch.*, I, 1861, p. 230.

(3) Cf. chap. I, pp. 58 et ss.

(4) Cf. *infra*, chap. IV, p. 406. Laboulaye : op. cit., p. 356, a indiqué avec beaucoup d'exactitude les caractères du pouvoir du mari à cette époque : « les pouvoirs du mari sont ceux, dit-il, non pas d'un associé ou d'un gérant ordinaire, mais d'un *chef de communauté* qui seul et sans mandat spécial exerce toutes les actions personnelles et mobilières de la communauté ». Et plus loin les droits de la femme sont ceux d'un *véritable communiste ou parsonnier*. (*Id.*, p. 373.) Nous ne relèverons pas ici les nombreuses analogies que l'on rencontre dans les coutumes entre la situation du mari et celle d'un chef de communauté ; nous les retrouverons au chapitre suivant. Mais nous noterons combien les mots *gouvernement* et *autorité* des Coutumes Notoires sont dans notre sens. Il faut cependant remarquer à l'époque de Beaumanoir qu'il existe déjà, dans les termes seulement, une assimilation de la situation du mari à celle de tuteur, *baillistre* ou *mainbourg*. Le mot *mainbourg* rappelle le mundium tutélaire, et le mot *bail* est le terme du droit féodal qui désigne la tutelle (cf. Ginoulhiac : op. cit., p. 273 et suiv.). Nous verrons (cf. *infra*, chap. III, p. 314) quelles conséquences malheureuses on a tiré de l'interprétation abusive de ces mots.

que la conception d'un pouvoir absolu auquel sont soumis les associés est loin d'être contraire aux principes de la copropriété en main commune (1).

Il y a d'autres preuves de l'exactitude de notre point de vue : les pouvoirs du mari, dans les coutumes du moyen-âge, sont exactement ceux que le droit allemand lui accorde à cette époque. Le Sachsenspiegel, sur la puissance maritale, s'exprime dans les mêmes termes que Beaumanoir : « Man-und Wif ne hebbet nein getweiet Gut to irme Live. Stirft aver dat Wif bi des Mannes Live, se ne erft nene warende Habe, wenne Rade, unde Egen, of ce dat hevet in den nesten. Wif ne mach ok ires Gudes nicht wergeven an ires Mannes willen, dat het durch Recht dulden durve. Swenne en Man Wif nimmt, so nimmt in sine Gewere al ir Gut to rechter Vormuntscap, dar umme ire nach nen Wif ireme Manne nenne Gave geven an irme Egene, noch an irer warende Have, dar set iren rechtem Erven mede verne na irem Tode, vende die Man ne mach an sines Wives Gude nene andere Were gewinnen, wen alse he so dem irsten mit ere untvieng in Vormuntscap (2). » Et sur la personne de la femme nous trouvons comme en Allemagne (3) un pouvoir du mari qui va jusqu'à la correction : « car il loit bien l'homme a batre sa fame sans mort et sans mehaing, quand ele mesfet, si comme quant ele est en voie de fere folie de son cors, ou quant ele desment son mari ou maudit, ou quant ele ne veut obéir à ses resnables commandemens que preudefame doit fere : en teus cas, et en semblables, est-il bien mestiers que li maris soit chastieres de sa fame resnablement (4) ». Or il faut se souvenir que, même dans le régime du Sachsenspiegel, la théorie ancienne qui faisait dériver la puissance maritale du mundium, est complètement abandonnée, pour

(1) Cf. *supra*, chap. I, p. 57, et chap. II, p. 149, note 3.

(2) *Sachsensp.*, I, 31. — Cf. Beaumanoir : Op. cit., chap. XXI, n° 622. — Laboulaye : Op. cit., p. 142. — Barazetti : Op. cit , § 7.

(3) Cf. *supra*, chap. II, p. 193.

(4) Beaumanoir : Op. cit., chap. LVII, n° 1631.

ne plus voir dans les droits du mari que le résultat de sa situation de chef de l'union conjugale (1). On peut donc, par analogie, affirmer que chez nous également, au moyen-âge, les pouvoirs du mari avaient revêtu le même caractère.

En vertu de cette situation de représentant de la Gesammte Hand conjugale, le mari se trouve avoir différents pouvoirs sur l'universalité juridique que constitue le patrimoine commun. Et nous trouvons ici une distinction tout à fait particulière au droit franc et que nous avons mentionnée bien des fois (2), la distinction dans les meubles et les immeubles, qui entraîne des degrés dans les droits du chef de la communauté à l'égard de la masse commune.

Le mari, comme en Allemagne (3), dispose librement des meubles de la communauté : « ... et convient que li fame sueffre et obeisse de tant comme il appartient à leur mueble et as dispuelles de lor éritages, tout soit ce que li fame y voie se perte tout apertement, si convient il qu'ele sueffre la volonté de son seigneur.... » dit Beaumanoir (4), et plus loin : « si li baron mesfet son cors, il pert tous les muebles avecques les éritages, que nul des muebles ne demeurent à la fame. Et par ce apert-il que tuit li mueble sont à l'homme le mariage durant.... » (5). Le mari pouvait donc les aliéner même à titre gratuit, et les perdre même (6). Il les obligeait

(1) Cf. *supra*, chap. II, p. 135.
(2) Cf. *supra*, chap. II, pp. 151, 156.
(3) Cf. *supra*, chap. II pp. 130, 149.
(4) Op. cit., chap. XXI, n° 622.
(5) Beaumanoir : Op. cit., chap. XXX, n° 930. — Sandhaas (op. cit., § 7) démontre avec beaucoup d'exactitude la fausse opinion de Dumoulin et des autres romanistes qui concluaient de ce texte à la pleine propriété du mari sur les meubles : Beaumanoir ne pense qu'au libre droit de disposition qui appartient au mari sur ceux-ci et qui va jusqu'à la confiscation par suite de ses délits. Mais il n'y a pas propriété du mari : la preuve la plus claire en est que Beaumanoir d'autre part rapporte le pouvoir du mari sur les meubles à son droit de bail ou de mainbournie, ce qui exclut toute idée de propriété. Cf. chap. XXI, n° 622.
(6) D'Argentré, sur art. 423 : *Ancienne cout. de Bretagne.*

non seulement par ses contrats et ses dettes antérieures ou postérieures au mariage, mais encore par ses délits : il les confisquait (1).

Ce droit de libre disposition du mari sur les meubles est une règle que l'on peut considérer comme générale dans tous les pays de droit franc. C'est qu'à cette époque primitive, les meubles n'avaient qu'une valeur bien secondaire à côté de la propriété immobilière et n'étaient guère que des objets destinés à une circulation constante. Aussi, dans toutes les communautés zu Gesammter Hand, le chef a-t-il toujours eu pleins pouvoirs sur l'usufruit des immeubles et sur les meubles ; la Gesammte Hand avait, à l'origine, un but agricole surtout, et les patrimoines de ces communautés se composaient principalement de fonds de terre qui en étaient considérés comme l'élément le plus important pour la vie de l'association. Et les conquêts se trouvaient aussi soustraits au pouvoir absolu du chef, parce qu'ils ne consistaient guère aussi qu'en immeubles (2).

Pour les immeubles, en effet, c'était la règle inverse qui régnait dans tous les droits francs d'après les principes de la Gesammte Hand : l'action commune était toujours exigée pour ceux-ci (3). Et c'est la règle que nous observons dans notre communauté entre époux au moyen-âge.

L'action à deux, le concours des deux conjoints, se retrouve dans notre droit, à cette époque, toutes les fois qu'il s'agit de disposer d'un bien immobilier appartenant soit au mari,

(1) *Ancienne Coutume de Bretagne*, art. 435 ; *de Troyes*, art 134 ; *de Meaux*. art. 208. — Dumoulin fit plus tard changer sur ce point la jurisprudence, mais ce fut une innovation. Cf. *infra*, chap III, p. 326, note 3. — Cf. Dumoulin : Note sur art. 12, *Cout. de Laon*. — Lebrun : *Traité de la communauté*, II, chap. II, sect. 3, n°s 119 et ss.

(2) Cf. Schwarz : *Die Gütergem. der Ehegatt. nach frænkisch. Recht.*, § XX. — Roth : *Zeitschr. f. Vergl. Rechtswiss*, I, 1878, p. 71. — Stobbe : *Handbuch*, IV, p. 266. — Euler : *Zeitschr. f. deutsch. Recht* , X, 1846, p. 41. Cf. *supra*, chap. I, p. 11 et ss.

(3) Roth : Op. cit., p. 70 Cf. *supra*, chap. I, p. 63 ; chap. II p. 149.

soit à la femme, soit à la communauté. Déjà dans le Bréviaire d'Alaric lui-même, on trouve cette coutume de faire intervenir dans tous les actes le mari et la femme (1), et pendant tout le moyen-âge, l'action commune, qui s'est profondément implantée dans les mœurs, est d'un usage constant (2).

De même que la femme, parce qu'elle est soumise au pouvoir du mari ne peut, sans le consentement de celui-ci, rien aliéner de son patrimoine, le mari ne peut non plus disposer seul des immeubles ou « *propre héritage* » de la femme, dont il a l'administration en raison du droit d'usufruit, sur ceux-ci, de la communauté qu'il représente (3); le concours des deux époux est nécessaire dans tous les cas pour cette classe de biens. La sanction de cette règle est que la communauté une fois dissoute, la femme ou ses héritiers pourront revendiquer le bien aliéné par le mari seul (4).

Ce n'est pas le seul cas où les deux époux doivent agir en commun : « Mes voirs est que le tresfons de l'eritage qui est de par la fame ne puet li maris vendre, se ce n'est de l'otroi et de la volenté de sa fame, *ni le sien mesme* se ele ne renonce a son douaire qu'ele n'en port son douaire, se ele le seur-

(1) Le Bréviaire d'Alaric était surtout composé d'éléments romains. Le concours des deux époux qu'on y retrouve est donc une preuve importante de l'influence très pénétrante du droit franc dans toutes les parties de la Gaule. Cf Louis Passy : *Origines de la communauté*, thèse Paris, 1857, p. 86.

(2) Cf. *Recueil de Chartes de l'Abbaye de Cluny*, nos 36, 60, 77, 84, 85, etc.

(3) Cf. Beaumanoir : chap. XXI, n° 622. *Très ancienne Cout. Bretagne*, art. 40 : « Le mari ne peut vendre ni aliéner le droit de la feme fors à son vivant et encore luy faisant pourvéance; car, de raison, nul ne peut vendre ni aliéner la saisine d'autruy, tant comme touche son droit, sans l'assentiment de celuy ou celle à qui ils sont, et feme à la saisine des choses qui viennent devers elle. »

(4) Cf. *Livre de Jostice et Plet*, 5, § 4 ; « Home garantira ce qu'il vendra de l'éritage sa feme, sans l'octroi sa feme ; et se il muert ou se la feme muert la vente ne vaut riens. »

vit. » (1). « Si aucuns hons vendait sa terre fust gentihomme ou coustumier, la feme après sa mort aurait son douaire, ès choses qu'il aurait vendues, à moins que la feme n'eût juré par serment de maintenir la vente » (2). Un principe général dans le droit coutumier tenant à la nature même du douaire, c'est que le mari ne pouvait pendant le mariage aliéner les biens sur lesquels le douaire était constitué, et qui étaient les immeubles qu'il possédait au moment de la conclusion du mariage.

Nous avons vu, lorsque nous avons suivi le développement du droit franc en Allemagne, qu'il faut reconnaître le principe de la Gesammte Hand dans les régimes de communauté où existe, à la dissolution, pour la femme, soit un droit d'usufruit, soit un droit de propriété non seulement sur une part des conquêts, mais en outre sur les immeubles propres du mari ; car c'est dans ce droit accordé à la femme que se trouve l'origine de cette garantie de l'action commune (3). L'institution de notre douaire répond absolument à cette idée et est l'origine de l'action à deux ; nous avons constaté qu'en Allemagne la naissance de l'action mit Gesammter Hand entre époux se rapporte à l'usage primitif d'assigner à la femme soit comme dos, soit comme morgengabe une part des conquêts qui étaient alors propriété du mari (4). Or, le douaire était né de la fusion de ces deux avantages francs de la dos et du morgengabe en une nouvelle institution, destinée à assurer la situation matérielle de

(1). Beaumanoir : op. cit, chap. XXI, n° 622. — Cf. *Livre de Jostice et Plet*, 5, § 1 : « Home puet vendre son hiretage por son besoing. . . Et se il a feme, si poent ils vendre ensemble. Et puet li sires vendre sans le feme ? Nenil que la chose dure que sa vie, et emprès sa mort non. »

(2) Etablissements de Saint-Louis, I, chap. 149.

(3) Cf. *supra*, chap. II, pp. 134, 147, 148. — E. Huber : *Schweiz. Privatr.*, IV, p. 357.

(4) Cf., *supra*, chap. II, p. 124 et p. 129.

la femme survivante, qui apparaît pleinement constituée au XIIIe siècle (1).

Le douaire conventionnel ou préfix et le douaire légal ou coutumier fixé par Philippe-Auguste (2), à la moitié des immeubles que le mari possède au jour du mariage (3), continuent à subsister côte à côte, mais sans pouvoir se cumuler, et consistent en un usufruit des plus larges au profit de la veuve sur cette partie des immeubles. Il constituait un droit très fort pour la femme, car plusieurs coutumes, notamment la coutume de Paris, admirent les descendants de celle-ci à recueillir le douaire même lorsque leur mère était morte avant son mari ; mais il fallait qu'ils eussent survécu au père et renoncé à la succession de ce dernier (4).

La femme acquérait en général son douaire par la consommation du mariage. « Douaires est aquis à la fame si tost comme loiaus mariages et compaignie charnele est fete entre li et son mari, et autrement non » (5).

(1) Cf. Beaumanoir : op. cit., chap. XIII, n° 430 et suiv.— Beaune : *Introduction à l'histoire du droit coutumier*, p. 386. — *Droit coutumier*, II, p. 519. — Schwarz : op. cit., § 20. — Sandhaas : op. cit., § 9. — Laboulaye : op. cit., pp. 338 et suiv. Certains auteurs ont cru trouver déjà le douaire dans les lois Ripuaire et Salique. — Cf. Laboulaye : op. cit., p. 119. — Eichhorn : op. cit., I, § 48. — Bluntschli : *Deutsch. Privatr.*, I, § 23. — Mais d'autres ont fait remarquer plus exactement avec Ginoulhiac (op. cit., p. 207), qu'il n'y a pas encore de traces de douaire dans les lois barbares et que ce dernier n'apparaît que dans les Chartes du IXe siècle, soit en France, soit en Allemagne.

(2) Ordonnance de 1214.

(3) C'était la proportion observée dans la plus grande partie de la France, où elle fut réduite à un tiers pour les nobles par les Etablissements de Saint-Louis. Au contraire, le douaire n'était que d'un tiers en Normandie, Bretagne, Maine, Anjou, Poitou, Grand-Perche. En Artois et en Picardie, il n'était que de la moitié des fiefs et du tiers des autres biens. — Cf. Warnkoenig : op. cit., II, chap. II, p. 257. — Beaumanoir : op. cit., chap. XIII, n° 445. — *Conseil* de P. de Fontaines, chap. XXI, n° 52.

(4) Pour le douaire des enfants, cf. *infra*, p. 306.

(5) Beaumanoir : Op. cit, chap. XIII, n° 460. — Loysel : *Institut. Coutumières*, c. I, tit. III, 5. — *Anciennes Coutumes de Bretagne*,

C'était pour protéger ce droit d'usufruit de la femme à la dissolution que le concours de celle-ci était exigé lorsque le mari voulait disposer des biens qui lui étaient assignés en douaire d'après l'ancienne règle établie pour le Morgengabe. Nous trouvons donc en France, à la base de la restriction imposée au droit du mari sur ses propres par le Widerspruchsrecht de la femme, le même principe du droit franc développé en Allemagne jusqu'à l'action mit Gesammter Hand générale (1). L'évolution du principe suit les mêmes phases chez nous et aboutit au même résultat. A côté du douaire, la coutume d'assigner à la femme une part des conquêts pour le cas où elle survivrait au mari, se consolide peu à peu en un véritable droit de copropriété de la femme, et ainsi l'action *communi manu* se trouve étendue avec plus de force encore sur tout le patrimoine de la communauté lui-même. Et au moyen-âge, le régime du conquêt immeuble donne bien la notion d'un patrimoine qui est la propriété en main commune des deux époux, c'est-à-dire d'un régime dans lequel les actes les plus importants ne peuvent être entrepris par le seul représentant, mais nécessitent le concours des deux époux. La règle est que le mari, chef du ménage, et maître absolu des meubles et de la jouissance des immeubles, ne l'est pas du fonds des conquêts : il faut que « *tous les deux y parlent* » et « *la femme est aussi grande que l'homme quant à leurs conquêts* (2). » Les conquêts étaient bien la copro-

art. 450 ; *de Chartres*, art. 52 ; *de Clermont*, art. 258 ; *de Dreux*, art. 43 *de Valois*, art. 202.

Le douaire n'existait en général pas dans le pays coutumiers où avait lieu à la dissolution une communauté continuée entre le survivant et les enfants : car son but n'aurait pas été atteint, les fruits des immeubles assignés tombant dans ce cas dans la communauté continuée. Et comme chez les roturiers, cette communauté était de règle, il n'y avait pas de douaire légal, mais un douaire simplement conventionnel. Cf. *Cout. de Nivernais*, chap. VI, art. 29. — Laboulaye : Op. cit., pp. 338 et 339.

(1) Cf. *supra*, chap. II, p. 134. — Schwartz : Op. cit., p. 20.

(2) *Anc. Cout. de Bretagne*, chap. XIX, art. 421 et 423. Cf. *Nouv. Cout.*, chap. XX, art. 443 et 444.

priété des deux époux : le mari n'avait pas plus de droits sur les acquêts immobiliers que sur les immeubles propres de la femme ; il ne pouvait les aliéner seul, même à titre onéreux ; il lui fallait toujours le concours de la femme. Le mari ne peut même, d'après Beaumanoir, confisquer que la moitié des conquêts : ses obligations ne peuvent compromettre ces biens tout entiers (1). Et cette action mit Gesammter Hand ne se constate pas seulement à l'occasion des actes de disposition ; on voit aussi les deux époux acheter ensemble, comme l'indique le mot « conquêt » lui-même, qui n'est que l'expression de cette idée de gain fait en commun : « S'il advient que un home et sa feme ont ensemble conquis vignes ou terres ou maisons ou jardins..... » disent les Assises de Jérusalem (2). La plupart du temps en effet les conquêts étaient des immeubles acquis par un acte passé en commun par les deux époux.

On peut donc conclure à cette époque, pour la coutume française comme pour le droit allemand, à une action commune générale, non seulement parce qu'elle existe à la fois pour les immeubles propres des époux et pour les conquêts, mais surtout par suite de la notion très large à cette époque de l'idée de conquêts, qui consistaient presque exclusivement en immeubles. Les conquêts comprenaient tout ce qui avait été acquis pendant le mariage, à l'exception de ce qui était venu d'une succession de parents (*ex allode parentum*) ; mais même ce qui était recueilli par donation en faisait partie, et à cette époque de guerres et de féodalité, c'était certainement là une source très importante d'acquisition.

En vertu de cette situation du mari comme chef de ménage et du régime de la Gesammte Hand, il faut affirmer avec

(1) Beaumanoir : Op. cit., chap. XXX, n° 930. — Cf. *Jostice et Plet*, §§ II et III. « Li doeres ne peut estre encombriez, ne l'éritage à le feme, *ne sa part des conquez s'ele ne l'octroie.....* Home et feme poent vandre *ce qu'ils ont ensemble* por besoing. » Cf. dans notre sens Lefebvre. *Cours* 1897-1898.

(2) Chap. 183.

M. Lefebvre que l'idée qui a dominé depuis le moyen-âge « c'est que l'état de mariage implique entre époux une compagnie ou société fortement ordonnée dont le mari est le chef de fait et de droit » (1). L'association conjugale forme une société active dans laquelle la femme collaborait et s'obligeait aussi comme associée égale ; les mœurs chevaleresques devaient élever la femme au niveau de l'homme, et lui assurer un rôle efficace d'associée à côté du mari. Il y avait là à cette époque une situation plutôt de fait. Mais cet état de choses devait avoir sa répercussion dans le droit, car la femme peut agir et consentir à côté de son mari et si celui-ci contracte seul et sans elle, dans le cas où son concours est requis, il doit justifier de sa procuration. La femme est donc bien une associée ; car non seulement les mœurs de cette époque exigent l'action des deux époux pour tous les actes importants de la vie commune, mais le concours de la femme est obligatoire dans certains cas même. Et cette idée profondément enracinée de la collaboration se retrouve encore sur les tombeaux de cette époque, où, par un symbole qui a été celui de la Gesammte Hand (2), les époux sont représentés les mains unies et jointes ensemble.

Il n'y a donc pendant cette période qu'une idée d'égalité des deux époux, et aucune pensée d'infériorité à l'égard de la femme ; cette dernière n'existe même pas dans le droit de correction qui appartient au mari, et qui n'est que le pouvoir disciplinaire attribué au chef de la famille sur ses membres. Au moyen-âge, la femme a la véritable situation d'un communiste zu Gesammter Hand, et elle se trouve dans la même position que l'époux dans la communauté du droit franc qui s'est développée en Allemagne (3) : la femme, malgré sa soumission aux pouvoirs du chef de l'association, qui l'empêchent de disposer de ses immeubles sans le consente-

(1) Lefebvre : *La coutume française du mariage au temps de Saint-Louis*, p. 24.

(2) *Supra*, chap. I, p. 9.

(3) Cf. *supra*, chap. II, p. 193.

ment de ce dernier, conserve sa personnalité et ne devient pas une incapable. Dans tous les droits francs la femme mariée est maintenue dans sa capacité, et le moyen-âge en général avait attribué au sexe féminin une capacité civile et politique beaucoup plus étendue (1). C'est ainsi que la femme pouvait siéger comme dame de fief en cour féodale ; si elle était mariée, elle était simplement représentée par le mari comme chef de la Gesammte Hand (2).

C'est en vertu de cette capacité juridique qu'elle conserve que nous avons vu la femme agir et consentir à côté de son mari. Et il en est ainsi encore lorsqu'elle contracte seule du consentement de ce dernier. A l'époque de Beaumanoir, on ne peut pas parler d'une véritable autorisation maritale au sens postérieur et moderne de ce mot ; il n'y a qu'un simple assentiment du chef de la communauté zu Gesammter Hand, qui est donné à la femme pour que les actes de cette dernière puissent engager la communauté (3) comme nous l'avons déjà fait remarquer (4).

Il y a là une simple délégation des pouvoirs du chef, ou mieux une abdication partielle de ceux-ci, pour permettre à la femme d'exercer dans cette limite le pouvoir propre qui lui appartient sur les biens communs. Tant que le mari conserve son pouvoir intégral, la femme ne peut rien faire contre *l'autorité* de son baron. Mais ce n'est pas parce qu'elle est incapable, car si elle agit sans le gré de ce dernier, le mari seul peut critiquer l'acte accompli par la femme, qui

(1) Cf. Schaeffner : op. cit., III, chap. X. — Roth : *Zeitschr. f. vergleich. Rechtswiss.*, I, 1878, p. 73. La femme peut même conclure un contrat avec son mari et plaider contre lui. — Cf. Beaumanoir : op. cit., LVII, n° 1638.

(2) M. Lefebvre, qui est du même avis que nous sur la situation de la femme, a le tort de rapporter cette représentation à la doctrine chrétienne et de dire : *vir caput mulieris*.

(3) Cf. Lefebvre : *La Cout. française du mariage au temps de Saint-Louis*, p. 23 et suiv.

(4) Cf. *supra*, chap. II, pp. 193 et ss.

n'est entaché d'aucune nullité (1); c'est donc qu'il n'y a là qu'une simple soumission au pouvoir supérieur du chef, seul juge des intérêts de la communauté.

Ce dernier ne veut-il pas exercer tous ses pouvoirs, et laisse-t-il un champ d'action à la capacité de l'autre associé, en vertu de cette abdication, la femme peut tout faire dans les limites qui lui sont assignées par le chef ; elle agit au même titre que lui et engage également toute la communauté qu'elle représente dans sa branche. Ce fait est particulièrement remarquable lorsqu'au lieu d'être limitée à un acte déterminé cette abdication du mari porte sur toute une série d'opérations, c'est-à-dire lorsque le mari consent à ce que sa femme exerce un commerce séparé ; pour tout ce qui concerne son commerce la femme se trouvera à l'égard de la communauté dans la même situation que son mari (2). Non seulement elle s'oblige elle-même pour le temps qui suivra le mariage, mais elle engage également les biens communs.

Il n'y a donc que le pouvoir propre de la femme et pas d'autorisation maritale ; celle-ci sera introduite plus tard, avec une pensée de protection, par le droit canon et le droit romain.

Ce pouvoir d'associée zu Gesammter Hand, sans aucun mélange d'idée d'infériorité, apparaît plus manifestement encore lorsque le chef de la communauté, par suite de son absence ou de son incapacité, ne peut remplir ses fonctions ; la femme alors, et le cas était fréquent à cette époque de croisades et de guerres lointaines, prend la direction de la communauté, peut engager la « *compaignie* » comme le mari lui-même, et agit seule, sans autorisation de personne. Car il n'y a même pas d'autorisation de justice à cette époque, même dans ce cas où cependant les pouvoirs de la femme se trouvent très étendus, car elle oblige immédiatement, en ce cas, les biens de la communauté par tous les engagements

(1) Cf. *supra*, chap. II, pp. 193 et 194.

(2) Cf. *supra*, chap. II, p. 194. — Cf. Beaumanoir : op. cit., chap. XLIII, n° 1336. *Etablissements de Saint-Louis*, I, chap. CXLV.

qu'elle contracte, et peut ester en justice pour tout ce qui concerne les besoins du ménage ; elle peut faire aussi certainement toutes les aliénations de meubles qu'elle juge à propos, et si les textes ne parlent point de ses droits sur les immeubles, il est probable qu'elle avait sur eux de larges pouvoirs d'administration. Et si le mari revient, rien n'indique qu'elle eût des comptes à rendre. C'est que la femme est pleinement capable et qu'en vertu des règles de la Gesammte Hand chacun des associés est en principe fondé à représenter la communauté en son nom propre (1) ; lorsque le représentant est empêché, la femme, en véritable communiste, prend la direction de l'association ; ce principe apparaît dans ce fait encore que, jusqu'au XVIᵉ siècle, la femme obligeait la communauté toutes les fois qu'elle avait, son mari empêché, fait un acte de bonne administration (2).

Ce pouvoir propre de la femme se rencontre encore en tout ce qui concerne le ménage ; nous retrouvons ici la « *Schlüsselgewalt* » du droit franc et du droit allemand postérieur (3) ; pour toutes les dépenses qui se rapportent à l'entretien de la maison la femme est à cette époque considérée comme associée agissant dans une sphère qui lui est propre sans que l'on trouve aucune trace d'un mandat du mari dans ce cas ; et la femme portait alors la bourse et les clefs comme insignes de son rôle de ménagère.

4° C'est en vertu des principes très purs de la Gesammte Hand et de l'exacte conception de la situation réciproque du mari et de la femme que l'on ne trouve pour celle-ci aucune garantie contre les pouvoirs du mari : « ... *tout soit ce que li feme y voie se perte tout apertement, si convient-il qu'elle*

(1) Cf. *supra*, chap. I, p. 56 et ss. ; cf. chap. II, p. 155.

(2) Beaumanoir : op. cit., chap. XLIII, n° 1336 ; *Jostice et Plet*, p. 131 ; *Établissements de Saint-Louis*, I, 147.

(3) Cf. *supra*, chap. II, p. 193 et ss. « Femme mariée, sans authorité de son mary, peut faire appeler aucune personne pour cause de son salaire et labour. » J. Desmarcs. *Décis.*, 77.

sueffre la volonté de son seigneur.... » dit Beaumanoir (1).

Les deux époux forment une Gemeinderschaft à l'égard de laquelle ils sont « *auf gemeinsamen Gedeih und Verberd* ». Le mari en est le chef dans le véritable sens de la Gesammte Hand, agit par sa volonté propre et n'est par suite pas responsable de son administration dans laquelle la femme doit avoir toute confiance : car, comme représentant d'une communauté en main commune. il ne doit et ne peut agir que dans l'intérêt de celle-ci (2). La femme trouve d'ailleurs le moyen le plus efficace de restreindre les actes du mari à ces limites dans le droit de contrôle qui lui appartient par l'action mit Gesammter Hand, qui est exigée pour tous les actes importants : le mari en fait ne peut disposer presque d'aucun immeuble (3) sans l'assentiment de la femme qu'elle avait le droit et le moyen de refuser : elle pouvait ainsi empêcher le mari d'abuser de son autorité et de ruiner le fonds. Dans cette règle de la Gesammte Hand reposait sa garantie véritable ; c'est pourquoi on n'avait songé à lui en aucune autre. Il n'y a pas de séparation de biens (4), pas de bénéfice d'émolument, ni d'hypothèque légale et encore moins de remploi et de récompenses ; si la femme, dont le concours était exigé, consentait à l'aliénation de son propre, le prix tombait dans la communauté (5). Le droit de renonciation lui-même qui

(1) Op. cit., chap. XXI, n° 622.

(2) Cf. *supra*, chap. I, p. 62 ; chap. II, p. 149, note 3 ; *infra*, chap. IV, pp. 356. 367, 406.

(3) Cf. *supra*, chap. III, pp. 288 et ss.

(4) On a cependant soutenu, en se basant sur un passage des Assises de Jérusalem (Cour des Bourgeois, chap. 171 et 172), que la séparation de biens existait déjà au XIIIe siècle. Cf. Violet : *Histoire du Droit*, p. 790. — Mais il semble que ce texte doive recevoir une interprétation différente et que Beaumanoir indique le contraire. Cf. Chéron. *Etude sur l'adage « uxor non est proprie socia sed speratur fore »*. Thèse Paris, 1901, pp. 34 et 71.

(5) Loysel : *Inst. Cout.*, liv. I, tit. II, n° 116. — Lebrun : *Traité de la communauté*, liv. III, chap. II.

apparut cependant le premier et de bonne heure (1) ne pouvait être accordé à un véritable communiste ; cette idée n'a pu se faire jour que lorsque peu à peu on a considéré le droit de la femme comme un droit de veuve s'ouvrant à la dissolution (2) ; jusque-là véritable associée, sa renonciation eût égalé celle d'un débiteur.

5° Cette situation du mari et de la femme pendant le mariage bien établie, il nous est facile de comprendre les règles adoptées à cette époque à l'égard des dettes qui forment le passif propre du patrimoine commun.

Nous ne trouvons pas encore au moyen-âge la distinction postérieure établie entre les dettes mobilières et les dettes immobilières. La règle constante à cette époque, propre à la législation franque, et que nous avons trouvée en Allemagne aussi (3), c'est que les dettes étaient la charge des meubles qu'ils suivaient partout ; c'est pourquoi, en vertu aussi de cet autre principe que « *qui épouse le corps épouse les dettes* » (4) que l'on peut rapprocher de ce dicton allemand « *die dem Manne tranet, trauet auch den Schulden* » (5), il fut tout naturel, lorsqu'on proclame la règle « *li muebles sont communs* », de comprendre dans le passif de la communauté toutes les dettes grévant les patrimoines mobiliers des époux qui en formaient maintenant l'actif. La communauté représentée par le mari, disposant des meubles, devait en vertu de la règle indiquée ci-dessus payer toutes les dettes ; et à la dissolution les propres de la femme devaient se trouver francs et quittes de toute charge, ces dettes excédassent-elles la valeur du mobilier reçu. Dans cette communauté de dettes sans considération pour l'époque de leur naissance, on arrive ici comme en Allemagne (6), pour le passif, à cette unité

(1) Cf. *infra* chap. III, p. 322.
(2) Cf. Laboulaye : op. cit., p. 337.
(3) Cf. *supra* chap. II, p. 152 et note 4.
(4) Loysel : *Inst. Cout.*, Liv. I, tit. III, VII.
(5) *Supra*, chap. II, p. 153.
(6) Cf. *supra*, chap. II, p. 152.

patrimoniale de la Gesammte Hand que nous avons rencontrée pour l'actif, et à la notion d'une masse passive spéciale et séparée, afférente à un patrimoine distinct de ceux de chacun des époux. Ce passif comprend toutes les dettes des époux antérieures au mariage, et toutes les dettes contractées par le mari ou par la femme durant le mariage sous des règles différentes pour chacun d'eux : ces principes restent en vigueur jusqu'au XVIe siècle.

Le droit franc arrive ici aux mêmes résultats que dans les régions germaniques : comme chef de la communauté zu Gesammter Hand et aussi en vertu de la confusion complète qui existe dans la communauté entre les biens de la femme qui y sont compris, et les autres (1), le mari oblige pleinement les deux époux : toute dette du mari est dette de la communauté, et il l'oblige même par ses délits (2).

Quant à la femme elle ne pouvait grever la communauté et contracter des dettes que dans les limites indiquées plus haut, où son pouvoir d'associée a l'occasion de s'exercer (3). Le mari, et par suite la communauté, étaient encore responsables de tous les délits et de toutes les fautes de sa femme, quoique Beaumanoir ne soit pas très clair à ce sujet. Et on trouve plus tard encore, en ce point, une assimilation que nous avons constatée déjà, entre le mari et le tuteur : « *quia retinere et castigare uxorem debet sicut puerum infra aetatem* » dit d'Argentré (4). Il nous semble, au contraire, qu'il y a là, dans cette réciprocité d'obligation de la communauté à l'occasion de leurs délits, simplement la pensée que les deux époux sont dans une égale situation par rapport au patrimoine commun (5).

(1) Cf. *supra*, chap. II, p. 154.

(2) Cf. *supra*, chap. III, p. 287.

(3) Cf. *supra*, chap. III, pp. 294 et ss.

(4) Art. 423 glose 3, *Anc. Cout. de Bretagne*. Cf. *supra*, chap. III, p. 285, note 4.

(5) Il faut remarquer qu'à cette occasion, par analogie avec l'Allemagne, la Gesammte Hand entre époux dépasse les principes ordinai-

La communauté était tenue aussi de toutes les dettes des successions échues pendant le mariage et dont elle recueillait les meubles, ainsi que des autres charges du mariage telles que l'entretien des propres, de la femme et des enfants.

Comme chef de la communauté, et par suite de la confusion de fait qui existe entre le Stammgut et ses biens propres, le mari est tenu d'une obligation personnelle et sur tous ses biens. Mais la veuve, recueillant une partie des meubles se trouve chargée d'une partie des dettes de la communauté dans la proportion de ce qu'elle y prend (1). Et en vertu des véritables principes de la Gesammte Hand, cette obligation de la femme était poussée, comme en Allemagne (2) jusqu'à la dette personnelle ; elle recueillait les biens grevés des charges imposées par le mari en raison d'un droit de *participation* à tous les actes du mari ; droit qui prouve bien que le mari agissait comme un représentant d'une Gemeinderschaft zu Gesammter Hand et qui, à l'époque des principes très purs, ne permettait pas non plus à la femme de se libérer de ces charges par une renonciation aux biens qu'elle recueillait.

Cette faculté qui n'existe pas à l'époque des Assises de Jérusalem ne se trouve pas non plus dans l'ancienne Coutume de Paris. Et elle fut introduite tardivement, à l'époque des croisades (3), en faveur des femmes nobles

res régissant les communautés de même nature, daas lesquelles en général les délits de l'un des communistes restent propres à ce dernier. Cf. Heusler : *Inst.* chap. III, p. 405.

(1) Beaumanoir : op. cit, chap. XIII, n° 441. — Boutillier : *Somme Rurale*, CXXI. *Assises de Jérusalem*, Cour des Bourgeois, CXXXIII, CLXVI. *Grand Coutumier*, II, 33.

(2) Cf. *supra*, chap. II, p. 153.

(3) La ra son pour laquelle la renonciation fut accordée à la femme noble nous est indiquée par le *Grand Coutumier de France*, liv. I, fol. 83. « La raison pourquoi le privilège de renonciation leur fut donné, ce fut pour ce que le métier des hommes nobles est d'aller ès guerres et voyages d'outre mer et à ce s'obligent et aucunes fois y

d'abord (1); et même certaines coutumes nouvelles ne l'accordaient encore qu'à cette dernière, conservant pour la femme roturière les véritables principes de la Gesammte Hand (2), qui dans cette classe sociale ne sont pas déformés par les idées et les besoins de la féodalité.

La femme renonçante devait manifester son intention à l'instant même où s'ouvrait son droit, et quitter la maison conjugale en même temps que le corps de son mari pour n'y plus rentrer ; un symbole plus précis encore rendait sa renonciation évidente ; elle devait détacher sa ceinture et sa bourse et les déposer sur la tombe de son mari. « Et ont d'usaige si comme le corps est en terre, de getter leur bourse sur la fosse et de ne retourner à l'hostel où les meubles sont ; mais vont gésir autre part et ne doibvent emporter que leur commun habit (3). »

Malgré cette renonciation, la femme ne perd pas ses droits sur les immeubles, elle ne renonce qu'aux meubles ; et encore sur ceux-ci conserve-t-elle un préciput que l'on peut assimiler aux *Gerade* du Sachsenspiegel (4).

meurent et leurs femmes ne peuvent pas de legier être acertenées de leurs obligations faites à cause de leurs voyages, de leurs rançons et de leurs plegeries qui sont pour leurs compaignies, et autrement, et pour ce ont le privilège de renonciation. » Cf. Loysel : *Inst. Cout.*, liv. I, 10.

(1) Les *Etablissements de Saint-Louis* ne parlent que de la femme noble ; il est probable que Beaumanoir aussi n'a entendu accorder la renonciation qu'à la *gente feme*. — Cf. Loysel : op. cit., liv. I, tit. II, n° 113 : « Ce qui a depuis été étendu jusqu'aux roturiers par l'autorité et l'intervention de maistre Jean-Jacques de Mesmes. »

(2) La réservent encore aux femmes nobles seulement *les Coutumes nouvelles de Senlis*, art. 147 ; *de Troyes*, art. 12 ; *de Clermont en Beauvoisis*, art. 88 ; *de Chaumont*, art. 7 ; *de Valois*, art. 97. Cf. *infra*, chap. III, p.

(3) Cf. *Grand Coutumier*, I, fol. 83. Nous rencontrons donc ici identiquement le même symbole qu'en Allemagne. Cf. *supra*, chap. II, p. 154.

(4) Cf. *supra*, chap. II, p. 137. Beaumanoir lui accorde le droit d'emporter son commun habit de chaque jour ainsi que le lit où elle couchait, chap. XIII, n° 456. — Cf. Bouteillier : *Somme rurale*, tit. XCVIII, p. 561.

6° A la dissolution et dans le partage du patrimoine commun, les principes de la Gesammte Hand et du droit franc se retrouvent encore. D'après la conception d'une copropriété en main commune, l'unité patrimoniale de la masse sociale s'affirme en ce sens qu'en ce moment l'origine des biens n'est plus d'aucune considération pour leur partage ; le patrimoine est divisé d'après certaines quotes-parts. Ainsi les conquêts se partagent indifféremment entre les époux, qu'ils viennent du mari ou de la femme, et ce principe est encore plus frappant à l'égard des apports mobiliers qui sont soumis à cette règle aussi (1). Il y a même un cas où l'on retrouve l'ancien principe d'accroissement propre aux Gemeinderschaften zu Gesammter Hand (2), et grâce auquel nul partage n'intervient, la masse séparée qui constitue le patrimoine de la communauté conservant son intégralité même après la dissolution de l'union conjugale. Cette règle, que nous avons trouvée en vigueur à la même époque dans de nombreuses régions d'Allemagne où régnait le régime de la communauté (3), a existé chez nous dans les classes nobiliaires ; le mari noble, à la mort de sa femme, recueillait tous les meubles et les acquêts ainsi que les cateulx en pleine propriété ; et la femme survivante, en plus de son douaire, avait la jouissance entière pendant sa vie des mêmes biens (4).

Entre roturiers, au contraire, nous trouvons un autre sys-

(1) Cf. *supra*, chap. II, p. 156 Schwarz : op. cit., § 20.

(2) Cf *supra*, chap. I, p. 53; *infra*. chap. IV, p. 358, 368 et 407.

(3) Cf. *supra*, chap II, p. 156, 160, 165, 167, 170.

(4) *Etablissements de Saint-Louis*, chap. CXXXIV. Cette règle ne s'appliquait certainement qu'aux nobles. — Cf. Ginoulhiac : op. cit., p. 305. — D'Olivercrona : op. cit., p. 296. — Laboulaye : op. cit., p. 281. — Warnkœnig : op. cit., chap. II. — Beaune : *Droit Cout.*, II, p. 467. Cette règle s'est conservée même dans un grand nombre de coutumes rédigées : *Clermont en Beauvoisis*, art. 186 ; *Laon*, art. 20, 21 ; *Loudumois*, XXVII, art. 14; *Senlis*, art. 146 ; *Chauny*, art. 129, 130 ; *Clermont en Argonne*, V, art. 8 ; *Péronne*, art. 120; *Dreux*, art. 75 ; *Reims*, art. 279, 281 ; *Bourgogne*, art. 25 ; *Château-*

tème ; c'est le principe franc d'égalité entre les époux qui s'est développé ici plus facilement par la disparition plus rapide dans cette classe, comme généralement en Allemagne (1), de l'ancien principe de la préséance des mâles, en matière de succession, règle conservée au contraire jusqu'à la Révolution chez les nobles (2). Le résultat des idées franques se réalise déjà à l'époque des Assises de Jérusalem qui partagent le patrimoine commun par moitié entre le survivant et les héritiers du défunt (3). Ce mode de partage se retrouve dans le Livre de Jostice et Plet. « Et se home conquiert lui et sa feme et muere, sa feme sera heir en la moitié par la réson de compagnie, et des muebles ausint (4) » ; et la règle s'est conservée dans toutes les coutumes qui n'appliquent la règle des Etablissements qu'aux nobles (5).

Le texte que nous venons de citer nous fait bien voir que c'est sur la base du principe germanique de la Gesammte Hand que dans le droit coutumier français s'effectue le partage ; c'est « *par la réson de compagnie* », c'est-à-dire par un droit de participation, comme associée en main commune, que la femme y est appelée. Ce n'est pas un droit de succession, mais un droit de communauté, car le Livre de

neuf, art 66 ; *Paris*, art. 238 ; *Vitry*, art. 74 ; *Sens*, art. 83 ; *Meaux*, art. 49 ; *Touraine*, art. 247, 268 ; *Berry*, VIII, art. 13 ; *Etampes*, art. 18.

(1) Cf. chap. II, p. 146.

(2) Nous n'admettons donc pas la base habituelle donnée couramment à cette différence, que l'on rapporte à la distinction entre le bail et la mainbournie (Cf. Ginoulhiac : p. 301). Si dans les termes des ouvrages de cette époque le mari est assimilé à un tuteur, nous avons vu que sa situation réelle en est tout à fait différente (Cf. *supra*, chap. III, p. 285). Nous considérons donc qu'il faut attribuer uniquement cette diversité des règles adoptées à la dissolution pour les nobles et les roturiers aux principes de la Gesammte Hand d'une part et à des influences postérieures que nous venons d'indiquer.

(3) *Assises de Jérusalem*. Cour des Bourgeois, chap. CLXII. Cf. Beaune : op. cit., p. 465.

(4) *Jostice et Plet*, p. 257.

(5) Cf. Ginoulhiac : op. cit., p. 306.

Jostice et Plet ajoute encore « et s'il y a conquez fez en la anée, la seconde feme aura la moitié par son doere » : ces mots « en la anée » qui sont ici une règle propre aux sociétés taisibles dont notre communauté découle, prouvent que c'est en vertu de la situation de communiste que la femme recueille sa part (1). Et une autre preuve décisive du caractère de ce droit, c'est que, comme en Allemagne, un époux ne pouvait par testament priver l'autre de la part dans le patrimoine commun : le mari lui-même n'avait pas ce pouvoir. Dans la coutume de Nivernais, nous trouverons cette règle qu'il ne peut disposer que de sa part dans les conquêts et les meubles par testament, et que pour la part de sa femme le consentement de celle-ci est nécessaire (2).

7° La conception propre aux droits francs d'après laquelle les biens sont séparés en deux classes principales, meubles et immeubles (3), conception que nous avons déjà rencontrée pour la composition même du patrimoine (4) et qui subsiste pendant toute la durée de la communauté dans les règles qui concernent l'administration de la masse et les dettes s'est beaucoup moins conservée, au cas de dissolution, chez nous qu'en Allemagne où elle avait acquis une grande importance dans l'institution presque générale du Verfangenschaftsrecht (5).

(1) Cf. Beaune : op. cit., p. 467. – Ginoulhiac : op. cit., p. 229 — Il est intéressant de noter dans le texte que l'on vient de citer, ces mots « *par son doere* » qui indiquent encore pour cette époque le peu de distinction que l'on faisait entre le douaire de la femme, et son droit dans la communauté, confusion que nous avons notée plus haut. Cf. *supra*, chap III, p. 282

(2) *Cout. Nivernais*, chap. XIII, art. 3.— Cf. *Cout Saint-Quentin*, art. 17. C'est pourquoi on arriva à dire du mari « *dominus vivit, socius moritur* ». — Cf. Beaune : *Introd. à l'histoire du dr Cout.*, p. 398.

(3) Cf. *supra*, chap. II, p. 151.

(4) Cf. *supra*, chap. III, p. 280 et p. 288 — Cf Schwarz : op. cit , § 20.

(5) Cf. *supra*, chap. II, pp. 156 et ss.

En France, à l'époque des Assises de Jérusalem, les enfants n'avaient aucun droit sur les biens de la communauté ; ils exerçaient seulement à la dissolution les droits du prédécédé dans le partage. Mais au XIII[e] siècle plusieurs coutumes et notamment celle de Paris admirent les descendants à recueilir le douaire de la femme au cas où celle-ci était morte avant son mari, mais à condition de renoncer à la succession du père défunt (1). Dans ce dernier cas les enfants peuvent prendre ce douaire de la mère sans être obligés de payer les dettes (2).

Cette dernière règle se trouve exprimée à propos des biens soumis au Verfangenschaftsrecht dans les droits belges et dans quelques parties de l'Allemagne (3). D'autre part on trouve dans notre douaire des enfants un autre principe que l'on peut rapprocher du Verfangenschaftsrecht : le douaire légal de la femme constituait le « *propre héritage* » des enfants, de sorte que le mari ne pouvait ni durant le mariage, ni postérieurement, aliéner ou grever de charges les immeubles propres sur lesquels le douaire était assigné, sans le consentement des enfants, sauf exception pour le cas de nécessité. Tous les actes par lesquels il aurait préjudicié au douaire étaient nuls et de nul effet (4). Ce droit très fort des enfants ressemble beaucoup à l'ancien Beispruchsrecht transformé en Widerspruchsrecht des enfants dans l'institution allemande (5). Mais, en dehors de ces faibles concordances, les principes de notre douaire sont loin de se rappro-

(1) Dans la coutume de Beauvoisis les enfants n'ont aucun droit sur le douaire de la femme. Cf. Beaumanoir : op. cit., chap. XIII, n[os] 433, 434. Mais il faut observer que cette règle admise par Beaumanoir n'existe que pour les fiefs seulement, et qu'en cela même la coutume de Beauvoisis est contraire à l'usage général des autres coutumes de France. — Cependant certaines coutumes avaient suivi cet exemple. — Cf. Ginoulhiac ; op. cit., p. 329.

(2) Cf. *Cout. Paris*, tit. XI, art. 3, 4, 5. — Schwarz ; op. cit., § 20

(3) Cf. Schwarz : op. cit., § 21.

(4) Cf. Beaune : *Introd. à l'histoire du droit cout*, p. 390.

(5) Cf. *supra*, chap. II, p. 147.

cher de la situation que le principe franc de la distinction des biens en meubles et immeubles avait établie en Allemagne entre le survivant et les enfants.

On peut trouver à cette direction différente du droit franc sur ce point dans notre législation, deux raisons : d'abord le Beispruchsrecht du plus proche héritier, qui, en Allemagne avait peu à peu disparu pour se restreindre à la simple catégorie des enfants (1), s'était chez nous déjà au XIIIe siècle transformé dans presque toutes les coutumes en un simple droit de retrait, et avait conservé sous cette forme toute sa force antérieure, s'opposant ainsi d'une part au développement de la communauté universelle, et d'autre part au droit des enfants sur les propres (2). En outre, tandis qu'en Allemagne l'institution de la communauté continuée entre le survivant et les enfants se développe tardivement pendant le XIVe siècle et sous l'influence du Verfangenschaftsrecht lui-même (3), chez nous on la trouve déjà toute formée au XIIIe siècle (4), où elle s'est constituée sous l'influence des sociétés taisibles, qui avaient développé l'institution de la communauté entre époux elle-même (5) : à la mort du père ou de la mère, l'enfant entre en communauté avec le survivant, mais ce genre de « *compaignies* » n'a lieu qu'entre « *gens de poeste* » et n'existe pas pour les nobles.

§ II. — Si l'on se pénètre bien des règles que nous venons d'exposer, on est frappé des nombreuses ressemblances que

(1) Cf. *supra*, chap. II, p. 147.

(2) Cf. Schwarz : op. cit., § 20.

(3) Cf. *supra*, chap. II, p. 180.

(4) Beaumanoir : op. cit., chap. XXI, n° 629. — *Grand Cout.*, l. II, chap. 40.

(5) Cf. pour toutes les règles qui se rapportent à la communauté continuée, le chap. IV, pp 432 et ss., où la question se trouve traitée en détail. Il faut remarquer cependant ici qu'à l'égard de cette communauté zu Gesammter Hand, les coutumes de l'époque ne font, comme en Allemagne aucune différence, dans leurs pouvoirs, entre le mari et la femme qui devient à son tour chef de l'association.

l'on rencontre tout au long entre le régime de la communauté français et le régime allemand de la même époque. Cependant, si l'on se souvient de l'opposition que l'on a établie au chapitre précédent entre le simple régime d'union des biens des Leges Barbarorum et le régime postérieur de l'Allemagne, on aperçoit une différence entre le développement de la communauté dans ce pays et le résultat auquel aboutit cette institution en France, à l'époque où le droit coutumier est formé au moyen âge.

Le régime français est resté plus près de l'ancien système franc. Les immeubles de chaque époux ne font pas partie de la masse patrimoniale, ou du moins n'y sont compris que pour l'usufruit et à la dissolution ils reviennent à chaque époux ou à ses héritiers. Et la règle ancienne de la restriction aux pouvoirs d'aliénation du mari sur ses immeubles en vertu d'un droit de survie accordé sur ceux-ci à la femme se retrouve dans le douaire de cette dernière. Il y a donc une différence qui sépare les régimes des deux pays et qui réside dans l'étendue plus ou moins grande de la masse patrimoniale; tandis qu'en Allemagne les principes du droit franc ont suivi leur développement naturel sans rencontrer d'obstacles et sont allés jusqu'à la communauté universelle, chez nous le patrimoine conjugal ne comprend que les meubles et les acquêts ; cette restriction tient à deux causes :

Dans le droit allemand, l'extension de la communauté jusqu'à l'universalité des biens des époux avait été due surtout à la coutume très répandue des donations mutuelles d'immeubles à la conclusion du mariage, qu'avait facilitées la disparition rapide du Beispuchsrecht des héritiers (1).

Les donations mutuelles au moment du mariage ont été très fréquentes chez nous, où elle ont toujours été vues d'un œil très favorable. Mais elles ont rarement porté sur des immeubles ; nous avons eu en effet maintes fois l'occasion de remarquer combien le droit des héritiers et l'idée de la con-

(1) Cf. *supra*, chap. II, pp. 147 et suiv.

servation des biens dans les familles s'était conservé à un plus haut degré en France. C'est ce maintien plus durable de cette conception germanique du « *propre* » qui a limité les donations d'immeubles et qui d'autre part a empêché la communauté entre époux de s'étendre jusqu'à l'universalité en maintenant dans le patrimoine des époux, pour les réserver au lignage, les biens immobiliers que ceux-ci possèdent. On ne voulait pas qu'à la dissolution, le survivant fût obligé de partager ses biens personnels avec les héritiers du prédécédé, ce qui les eût fait changer de famille.

L'autre influence qui a été pour beaucoup dans le maintien de la communauté de meubles et d'acquêts seulement, est celle du droit romain. En Allemagne, nous avons fait remarquer que c'est grâce à lui que certaines régions de communauté universelle, retournent aux principes d'une simple mise en commun soit des acquêts seulement, soit aussi des immeubles (1). Cette action restrictive devait être plus précoce chez nous où le droit romain n'a jamais cessé d'être en vigueur à côté du droit national, et où son étude acquiert une grande faveur à l'époque où notre régime de communauté vient à peine de se former (2).

Enfin, il faut mentionner aussi les éléments qu'apportent en cette matière les sociétés tacites, sur le modèle desquelles s'est formé notre régime coutumier, et qui étaient généralement des communautés de meubles et d'acquêts seulement (3).

D'ailleurs remarquons que la communauté universelle n'a pas été cependant totalement inconnue en France et on la rencontre dans les régions de l'extrême nord, où l'influence du droit romain a eu moins de force. Nous avons déjà noté son existence en Alsace, où on la trouve dans toute l'Alsace

(1) Cf. *supra*, chap. II, p. 174.
(2) Cf. *supra*, chap. III, pp. 250, 251.
(3) Cf. *infra*, chap. IV, p. 402.

supérieure et une partie de la moyenne Alsace : et enfin du XVIe au XVIIIe siècle elle est établie dans les Flandres (1).

Malgré cette différence capitale dans la composition du patrimoine de la communauté, les règles qui la régissent sont tellement semblables à celles des régions de l'Allemagne à la même époque qu'il est impossible de nier que cette communauté réduite, dont la forme a subsisté jusqu'à nos jours, ne fût construite sur les principes de la Gesammte Hand. Et nous croyons l'avoir démontré : nous avons vu en effet que le patrimoine de la communauté à cette époque constitue un patrimoine séparé qui est propriété en main commune des deux époux sans quotes-parts ; le mari administre ce bien comme représentant de la Gesammte Hand, et le concours des deux époux est nécessaire pour les actes importants concernant cette masse.

Ces principes ont-ils été changés par la suite ? Malgré des siècles d'interprétation de la coutume à l'aide du droit romain, nous osons répondre hardiment : non !

§ III. — Après le moyen-âge le régime de la communauté entre époux, tel que nous venons de l'établir, était devenu le régime général de toute la France coutumière, à l'exception cependant de la Normandie, de l'Auvergne et de la Haute-Marche où l'on rencontrait des principes particuliers (2). Mais tous les autres pays coutumiers l'ont adopté ; et c'est la coutume de Paris qui est le représentant le plus autorisé des règles coutumières en cette matière ; c'est elle qui servira plus tard de base à la rédaction de notre Code civil.

(1) Cf. *supra*, chap. II, pp. 146 et 172. — Cf. Bonvalot : *Coutume de la Haute-Alsace*. — Beaune : *Droit Cout.*, p. 485

(2) Dans la Haute-Marche et dans l'Auvergne régnait le régime dotal. Cependant, dans la dernière de ces deux régions, on rencontre, à côté du système romain, dans certaines parties, des règles du droit coutumier, et il y a même des localités qui ont adopté le régime de la coutume du Bourbonnais — Cf. Chabrol : sur Auvergne. Tome I. Dissertation, pp. IX et suiv. En Normandie se trouve un régime spécial qui est encore celui des Leges Barbarorum ; dans cette province l'établissement même de la communauté par convention y est prohibé.

Les différences qui existent dans la période précédente entre le régime des classes nobles et celui des classes roturières se sont également effacées pour la plupart ; les principes roturiers s'introduisent de plus en plus chez les nobles, et à l'époque de la rédaction des coutumes, en vertu de l'influence prépondérante du tiers-état, les règles sont uniformes pour les deux classes. Cependant quelques coutumes ont conservé ces différences, qui étaient minimes en réalité et ne portaient pas sur le fonds même du principe qui était le même dans les deux classes et dont quelques résultats seuls se trouvaient modifiés, principalement pour le cas de dissolution.

A partir du moyen-âge, tandis qu'en Allemagne les principes purs et solidement établis du droit franc résistent à l'arrivée très tardive du droit romain, et ne se déforment d'une façon vraiment sensible qu'à l'égard de l'étendue de la communauté, en France le droit romain acquiert une force considérable grâce à laquelle les véritables règles du droit coutumier se trouvent obscurcies et déformées (1).

Mais il faut remarquer que c'est surtout dans l'interprétation doctrinale que se rencontrent les déformations introduites par l'étude du Digeste. Les règles fondamentales et coutumières changent peu en réalité, et dans les coutumes rédigées elles-mêmes nous retrouvons exactement dans leurs principes les situations qu'avait créées le résultat du droit franc au XIII[e] siècle. Et même dans les opinions fausses qui sont soutenues dans cette seconde période à l'égard des droits

(1) On ne peut pas parler du droit canon, plutôt favorable à l'idée de communauté qu'il tendait à développer, comme ayant eu une grande influence en cette matière. Il est vrai que l'Eglise a eu longtemps et exclusivement la juridiction du mariage ; mais on peut dire que le résultat de ce pouvoir s'est réalisé presque uniquement dans les règles relatives aux rapports des personnes, tandis que le régime des biens reposait toujours sur les règles du droit coutumier qu'elle était portée à maintenir. C'est lorsque cette juridiction lui est peu à peu retirée que les déformations commencent sous l'influence du droit romain.

du mari et de la femme sur le patrimoine commun, nous sommes convaincus que, sous une forme erronée, les principes de la Gesammte Hand sont toujours vivants.

La communauté entre époux de cette époque repose toujours, et avec la même importance, sur le lien personnel résultant de l'union des deux époux, et nous ne reviendrons pas sur ses conséquences dans cette Gemeniderschaft zu Gesammter Hand (1).

L'ancienne distinction entre les meubles et les immeubles subsiste toujours, car les meubles et les acquêts sont encore les seuls éléments du patrimoine commun. « Et sont les mariés communs en tous biens meubles et conquêts immeubles (2) ». Et les biens forment d'après les principes de la propriété en main commune une masse unifiée ayant un actif et un passif propres et qui se sépare nettement des patrimoines appartenant à chacun des époux.

Cette unité patrimoniale, dans laquelle il n'y a pas place pour une quote-part déterminée de l'un des époux dans le bien commun, reste toujours la base de la communauté à cette époque. Cette absence d'un droit particulier, pouvant être l'objet d'une aliénation, ou la base d'une demande en partage, s'accentue encore aux XVI[e] et XVII[e] siècles. L'indétermination des droits des époux dans la masse commune est en effet particulièrement frappante à cette époque (3) pendant toute la durée du mariage ; et c'est à la dissolution seulement que se précisent ces droits du mari et de la femme qui exerce ses reprises à ce moment à titre de copropriétaire et non de créancière (4). Il résultait de cette situation que tant que durait la communauté la femme n'avait pas dans le

(1) Cf. *supra*, chap. III, p. 278.

(2) Loysel : op. cit., L. I, tit. II, art. 9. — Cf. tit. III, art. 8.

(3) La théorie des récompenses ne s'introduit en effet, que très tard par une déformation des vrais principes de la Gesammte Hand, Cf. *infra*, chap. III, p. 324. Esmein : *Revue critique de Législation et de Jurisprudence*. 1877, p. 83.

(4) Cf. *infra*, chap. III, p. 326, 328.

patrimoine un droit qui pût se chiffrer par une quotité déterminée ; la proportion ne se précisait que d'après le montant de ses reprises.

Il y avait donc là un système qui était parfaitement en harmonie avec les principes du Miteigenthum zu Gesammter Hand, mais qui se trouvait en contradiction formelle avec les règles de la copropriété du droit romain que la doctrine avait depuis longtemps seules présentes à l'esprit.

Cette absence de quotes-parts dans le patrimoine commun, la profonde cohésion des biens qui forment l'unité de la masse patrimoniale, expliquent admirablement le pouvoir absolu du mari comme chef de la communauté en main commune ; elles rendent toute naturelle l'évolution postérieure générale dans les associations basées sur ces principes, que nous retrouverons, et qui a étendu les pouvoirs du mari jusqu'à l'exclusion complète du concours de la femme.

C'était un développement que les romanistes ne pouvaient saisir ; et pour expliquer ce pouvoir tout à fait spécial du mari, et aussi cette position très effacée de la femme, ils avaient presque assimilé le mari à un propriétaire.

Tous les jurisconsultes qui ont cherché à définir la situation des époux dans notre régime coutumier ont été frappés par ce fait que le mari se trouvait être plus qu'un administrateur, sans cependant être un propriétaire absolu. Aussi l'élément de société qui est à la base de la communauté entre époux disparaît de plus en plus de leurs théories pour faire place aux principes de la dos romaine et aux idées du droit de Rome sur les pouvoirs du mari. C'est ainsi qu'on arrivera avec Dumoulin à cette formule caractérisant les droits à la femme «*non est socia æque principaliter, nisi soluto matrimonio* » ; formule exacte dans le fonds du principe, car, en dehors des termes excessifs « *non est socia æque principaliter* », elle n'exprime pas autre chose que cette règle fondamentale de la Gesammte Hand que, jusqu'à la dissolution, on ne rencontre aucune quote-part déterminée dans le patrimoine commun. Et nous allons montrer facilement que dans

les règles des coutumes, soit même dans les écrits de la doctrine, ce sont les règles anciennes et vraies de la copropriété en main commune qui dirigent notre régime sous les formules du droit romain.

Les pouvoirs du mari prennent a partir du moyen-âge une extension croissante, et se trouvent peu à peu libérés des contraintes que lui imposaient le régime de l'action à ceux de la Gesammte Hand. Il agit seul maintenant dans tous les actes sans que la femme ait à intervenir, même pour l'aliénation du fonds des conquêts (1).

Ces derniers biens, en effet, finissent par être assimilés aux meubles, et par suite placés sous la maîtrise absolue du mari qui peut même maintenant en disposer seul à titre gratuit.

On peut trouver à cette nouvelle situation une première raison, dans l'interprétation abusive du mot « *bail* » employé à l'époque de Beaumanoir pour caractériser les pouvoirs du mari (2). A ce moment les meubles et les conquêts formaient le bénéfice du bail. C'est en prenant à la lettre cette assimilation dans la terminologie que l'on arriva à considérer le mari comme un baillistre ; de là deux conséquences : d'abord la mise des conquêts immobiliers sur le même pied que les meubles, due également à ce fait qu'à partir de cette époque les immeubles comme des meubles répondent des dettes du débiteur, et ensuite l'introduction

(1) Cf. Cependant la conservation de l'ancien principe dans la *Cout. de Saintonge*, tit. III, art. 68 : « .. si lesdits acquêts ont été faits par le mari et la femme contractant ensemble, le mari n'en peut disposer, même à titre particulier, que de la moitié, sans le consentement de la femme. »

(2) « *Baillistre gardien* et *mainbunisseres* » Beaumanoir, chap. XXI, n° 622. — *Grand Coutumier : « il est le bail de sa femme »* l. II, XXXII. — Cf. *Anciennes coutumes d'Artois*, art. 134 ; *de Boulenois*, art. 27, 29, 43 ; *d'Amiens*, art 9; *de Clermont en Beauvoisis*, art. 87, 88, 89, 90 ; *de Péronne*, art. 124 ; *de Reims*, art. 249 ; *de Vermandois*, art. 19 ; *de Ponthieu*, art. 28 ; *de Cambrai*, I, art. 26 ; *Coutumes notoires*, art. 163. — Cf. *supra*, chap. III, p. 285, note 4.

dans la puissance maritale d'une fausse idée de tutelle et de protection qui n'existait pas à l'époque précédente (1).

Ces deux résultats sont dûs en outre à l'influence très puissante du droit romain. D'une part l'exemple de la dos romaine qui était la propriété du mari, pousse à l'extension du pouvoir du mari sur les conquêts. D'un autre côté le Sénatus-Consulte Velléien entraîne l'idée d'une incapacité de la femme et du besoin de la protéger.

Mais malgré cette double influence, et malgré les velléités de protection qui s'y infiltrent, la puissance maritale, sous de fausses apparences, n'est pas en réalité une tutelle, même à cette époque ; car chez les roturiers et les nobles le mari a les mêmes pouvoirs, tandis que le bail des nobles et le droit de garde des roturiers diffèrent entre eux sur bien des points. Cette identité des pouvoirs du mari dans les deux classes établit même la preuve du contraire, c'est-à-dire que le mari est toujours un chef de communauté zu Gesammter Hand ; c'est en effet dans la classe des roturiers que se sont établis d'abord les vrais principes du régime, sur le modèle des sociétés tacites, principes qui se sont étendus postérieurement chez les nobles et ont été la base de la communauté de cette classe dans les mêmes termes (2).

Cependant il se produit à cette époque sous ces influences un revirement général et profond dans les mœurs et dans les idées sur le mariage qui ne revêt plus cette forme d'une intime association en toutes choses qui le caractérisait au moyen-âge ; aussi arrive-t-on à considérer le mari comme *seigneur et maître* de la communauté, c'est-à-dire comme ayant sur les biens communs un droit voisin de la propriété complète, qui lui permet de les aliéner et de les donner même à titre gratuit. Nous disons un droit voisin de la propriété, car nous avons déjà eu l'occasion de démontrer que la doctrine de cette époque n'était pas allé jusqu'à considérer le mari comme

(1) Cf. *supra*, chap. III, p. 285.

un vrai propriétaire (1). Pour les jurisconsultes postérieurs au moyen-âge, la question de savoir si le mari était un propriétaire était obscure : il était certainement plus qu'un administrateur ordinaire puisqu'il pouvait aliéner. Mais la doctrine n'a pas poussé ses conclusions jusqu'à l'idée de la propriété absolue, parce qu'il aurait fallu conclure dans ce cas qu'à la dissolution la femme acquérait un droit de propriété, ce qui ne fut pas dit. Nous aurons en effet l'occasion de rencontrer de nombreux témoignages de la conservation du droit de copropriété de la femme. L'assimilation abusive elle-même du mari au tuteur était une preuve de la résistance du droit de la femme, car *bail* n'a jamais signifié *propriété*.

Et ce mouvement juridique qui aboutit à faire du mari un maître absolu des biens de la communauté, est simplement un des exemples de l'évolution que l'on rencontre à l'égard des pouvoirs des représentants de toutes les communautés zu Gesammter Hand : partout en cette matière on arrive à une forme nouvelle de la représentation ; l'action mit Gesammter Hand disparaît pour laisser au chef de la communauté un pouvoir presque sans limites (2). Cette phase nouvelle avec pouvoir unitaire du chef, nous l'avons constatée en Allemagne aussi dans toutes les régions où était établi le régime de la communauté zu Gesammter Hand entre époux (3). En France également, en face de l'ancienne action à deux, le nouveau droit s'affirme en sens contraire. « La femme n'a pas le droit de contredire les aliénations du mari », dit Lebrun (4).

(1) Cf. *supra*, chap. II, p. 98.

(2) Cf. *supra*, chap. I, p. 57.

(3) Dans certains *Stadt Landrechte* le consentement de la femme est présumé et il suffit que la femme ne fasse pas opposition à l'acte du mari dans un certain délai. Le pouvoir unitaire du mari ne s'oppose pas aux principes de la Gesammte Hand. Cf. *supra*, chap. II, p. 149, note 4.

(4) *Traité de la communauté*, p. 220. Cf. *supra*, *Cout. de Bretagne*, chap. III, p. 292. Cf. *Cout. Paris*, art. 125, *infra*, p. 317.

Il y a donc toujours à notre époque, propriété commune des deux époux ; le mari est le représentant du sujet de la communauté constituée par cette unité juridique que forment les deux conjoints, et dans laquelle ils sont vis-à-vis l'un de l'autre, réellement deux communistes égaux dans leurs droits. Le mari seulement occupe une place supérieure comme chef de la communauté zu Gesammter Hand ; mais ses pouvoirs se trouvent toujours conformes aux règles qui caractérisent la situation de ce chef ; il ne peut donc en principe agir que dans l'intérêt de la communauté (1). On en trouve la preuve dans l'art. 225 de la nouvelle Coutume de Paris : « le mari est seigneur, pendant le mariage, des meubles et des conquêts immeubles... il peut en disposer même par donation sans le consentement de la femme *à personne capable et sans fraude* » (2). De ces mots un peu vagues, et qui furent d'ailleurs largement interprétés, il résulte bien que les pouvoirs quasi absolus du mari se heurtaient à un

(1) Cf. *supra*, chap. I, p. 62 ; chap. II, p. 149, note 4.

(2) Cf. art. 107 *Anc. Cout. Paris* : « le mari comme maître de la communauté peut disposer des biens communs, les vendre, aliéner, hypothéquer sans le consentement de la femme à personne capable et sans fraude. » Il faut remarquer ces mots *maistre de la communauté* qui indiquent encore la véritable situation du mari. Ce terme était employé pour désigner le chef des sociétés taisibles, dont les principes étaient ceux de la Gesammte Hand. Cf. l'importance de cette expression. *Infra*, chap. IV, p. 406 Cf. *Cout. Saint-Quentin*, art. 17. *Cout de Nivernais*, chap. XXIII. 3° Le mari ne peut disposer entre vifs en fraude et au préjudice des droits de la femme. Par testament il ne peut disposer que de sa part dans les conquêts et les meubles, sans le consentement de sa femme. — Cf. Pothier : *Traité de la communauté*, 2e partie, p. 258 et suiv.

Nous trouvons d'ailleurs dans la doctrine de nombreuses expressions qui corroborent notre opinion que le mari est toujours un chef de la communauté zu Gesammter Hand. — Cf. Renusson : *Traité de la communauté*, chap. VI, *Chef et monarque de la société conjugale*. — Dunod : sur art. 10, chap. VII, *Cout. de Franche-Comté maistre de la communauté*. — Loysel : *Inst. Cout.*, titre II, article 16, etc.

intérêt supérieur qui était celui des deux époux dans leur unité.

Tous les auteurs ont présenté le rôle du mari sous cette face. « *Il est bien seul maître actuel*, dit Dumoulin... *cependant il n'est pas absolument seul maître, car il est chargé de la communauté en ce qui regarde la femme* (1). » Et Guy Coquille ajoute qu'il « *ne doit exercer cette puissance et seigneurie sinon avec équité et modération* (2). » Et le même langage se retrouve chez Lebrun (3), Renusson (4), Pothier (5). Le principe est que le mari ne peut disposer pour le temps qui suivra la communauté, au-delà de ce qui doit lui revenir dans les biens communs, et sera considéré comme frauduleux tout acte tendant à tourner cette prohibition. Ainsi toute disposition tendant à s'avantager lui-même ou ses héritiers, sera réputée faite en fraude des droits de la femme ; il en sera de même d'une donation excessive ou faite par exemple pendant la dernière maladie de sa femme (6). Les mots « *à personne capable et sans fraude* » laissaient une grande latitude à l'interprétation de la doctrine et de la jurisprudence.

Le mari est donc en réalité toujours dans la même situation d'un associé chef de la Gesammte Hand (7). Et malgré cette extension générale de ses pouvoirs sur beaucoup de points, en effet, les règles sont restées les mêmes ; ainsi le mari est encore responsable des délits et des fautes de la

(1) *Comment.*, tit. I, gl. 4, v° 1.

(2) Question CXVI.

(3) *Communauté*, liv. II, chap. II, v° n° 4.

(4) *Communauté*, 1re partie, chap. VI, n° 8.

(5) *Communauté*, n° 467.

(6) Cf. Dumoulin : op. cit., sur art. 107, *Cout. Paris*. — Pothier : op. cit., p. 487 et suiv. — Cf Chéron : op. cit., p. 109 et suiv.

(7) Cf. Lefebvre, cours 1897-1898. Le mari, à l'égard des tiers, apparaît comme un propriétaire, et cependant il y a communauté entre les époux.

femme comme à l'époque antérieure et d'Argentre nous dit encore « *retinere et castigare uxorem debet* (1) ».

Réciproquement dans cette copropriété en main commune la femme est toujours en réalité une associée au même titre qu'au moyen-âge : les quelques restrictions encore imposées au despotisme du mari en sont la preuve.

Cependant cette situation paraît bien effacée. Les idées romaines du Senatus-Consulte Velléien, les influences du régime dotal sur la communauté, et d'autre part l'assimilation du mari à un tuteur et la conception elle-même du christianisme font considérer peu à peu la femme comme une incapable. Tandis que pendant la période du moyen-âge on avait eu l'exacte notion du rôle et de la situation de la femme dans la communauté, on en fait maintenant un être dangereux, et, particulièrement au XVIe siècle, il était devenu à la mode, pour ainsi dire, d'en médire. « Sunt enim in hoc animante effrenes motus, efferata iracundia, impetus concitati, magna consilii inopia, et imbecillitas judicii, superbia indomita. Sexus ipse ad commercia et frequentandos hominum cœtus inhabilis et multis insidiis obnoxius, quod Imperator, dicta I. meritus C. de procurat. advertit... Melior gentium sensus, et transmissa antiquissimi moris exempla ob vetustissimis Gallis, qui uxores fortunasque earum in potestate

(1) *Anc. Cout. Bretagne*, art. 423, glose 2, n° 3. La déformation que les idées juridiques nouvelles ont introduite dans les pouvoirs du mari, apparaît clairement dans l'opposition suivante : au moyen-âge, lorsqu'il y avait communauté continuée entre les enfants et le mari survivant, on ne faisait aucune distinction entre ses pouvoirs sur les conquêts durant le mariage et ses droits sur les mêmes biens pendant la communauté continuée. A l'époque postérieure la situation est changée : le mari a pendant le mariage des pouvoirs sur les conquêts tout à fait différents de ceux qui lui sont attribués dans la communauté continuée où il redevient « unus ex sociis habens administrationem ». (Cf. Renusson : *Traité de la communauté*, p. 285). Et dans la communauté continuée le mari a deux pouvoirs différents selon qu'on l'oppose à la femme ou aux héritiers. — (Cf. Pothier : *Cout. d'Orléans*, tit. XI, sect. 1re, 8 et sect. II). En Allemagne au contraire, à toutes les époques les pouvoirs du mari restaient les mêmes dans es deux situations.

habuisse a Cæsare traduntur. » Voilà ce que nous dira d'Argentre (1) pendant que Guy Coquille parlera de leur avarice (2) et que Loysel (3), Laurière (4), Dunod (5) donneront de la subordination de la femme des raisons de faiblesse du sexe empruntées au droit canon et au droit romain.

La femme mariée est tenue au consentement du mari pour toutes les obligations qu'elle contracte, comme précédemment, ce qui n'est nullement contraire aux principes de la Gesammte Hand (6); mais la déformation qu'introduisirent ici les études classiques, se révèle dans ce fait que l'acte passé sans l'autorisation du mari est nul, contrairement à la régle de la période précédente qui s'est conservée en Allemagne (7). Tandis qu'auparavant la femme s'obligeait valablement au moins pour le temps qui suivrait la dissolution du mariage, elle n'est plus tenue maintenant de ses obligations même après le décès du mari (8), et cette nullité absolue, que Dunod (9) trouve pleinement justifiée, devient même d'ordre public (10) et l'acte peut par suite être attaqué par tout intéressé; tandis qu'anciennement le chef de la communauté seul était juge de l'opportunité qu'il pouvait y avoir à faire annuler l'acte valable.

La femme ne peut pas non plus ester en justice sans l'autorisation maritale. Et en même temps celle-ci devient un

(1) Sur Cout. Bretagne, art. 410. Glose: 2, cf. art. 80, « toutes malices peuvent être plutôt ès femmes qu'ès hommes... »

(2) *Cout. Franche-Comté*, p. 295.

(3) *Glossaire du droit franc*, v° communautés. Il fait dériver aussi la puissance maritale de la manus romaine.

(4) Op. cit , L. V. chap. II. Il compare l'épouse de nos coutumes à la mère de famille romaine et la puissance maritale à la manus.

(5) « ...Les femmes sont de nature avares. » Sur Nivernais, chap. XXIII, art. 14.

(6) Cf. *supra*, chap. III, p. 285, 295, chap. I, p. 62.

(7) Cf. *supra*, chap. III, p. 295, note 1, chap. II, p. 193.

(8) Cf. *Cout. de Paris*, art. 232.

(9) *Cout. Franche-Comté*. p. 295.

(10) Pothier : *Traité de la puissance maritale*, n°s 68, 69.

acte formaliste et sacramentel qui ne pourra être remplacé que par l'autorisation de justice.

On va chercher l' « *auctoritas tutoris* » du droit romain, et la femme séparée de corps elle-même aura besoin de cette autorisation ; même lorsque le mari est mineur, il doit autoriser sa femme, fait qui montre plus encore l'influence du droit romain que celle de l'idée de tutelle auquel il serait opposé.

On fait donc de la femme une véritable incapable et cette incapacité va même dans certaines coutumes jusqu'au testament (1) ; à côté du mari qui est assimilé à un tuteur, la femme devient l'égale d'un mineur. Avec ces conceptions il était impossible de conserver les principes du moyen âge lorsque la femme agissait ou s'obligeait dans l'intérêt du ménage. Comment reconnaître un pouvoir propre dans ce cercle à une personne incapable pour tous les autres actes de la vie conjugale ? Aussi oblige-t-elle maintenant son mari parce qu'elle est réputée « *autorisée* » par lui pour ces actes (2). L'ancienne situation si logique de l'associée zu Gesammter Hand se trouve détrônée par l'idée d'un mandat tacite de la part du chef du ménage. Avec le système formaliste de l'autorisation maritale, on se reporte au système de la « *procuratio* » romaine.

La femme, comme tout mandataire, obligera le mari, sans s'obliger elle-même. La femme au lieu d'être encore comme au XIIIe siècle considérée dans ses actes comme une associée, devient une sorte de préposée. Et Dumoulin justifie cette théorie en faisant valoir l'obligation de nourrir et d'entretenir la femme et les enfants comme une charge personnelle au mari, pour laquelle l'épouse ne saurait par suite être tenue (3).

(1) *Cout. de Montpellier*, chap. LIV ; *de Normandie*, art. 86, 4.7, *de Bar*, art. 107 ; *de Nivernais* chap. XXIII,1 ; *d'Artois*, 86 ; *de Clermont-en-Argonne*, VII, art. 7.

(2) Cf. Dunod : *Cout. de Franche-Comté*, p. 308. Cf. *contra*, le droit de l'Allemagne à la même époque, *supra*, chap. II, p. 195.

(3) Dumoulin : *Comment.*, s. art. 114, n° 3.

Puisque la femme n'agissait dans les actes relatifs au ménage, qu'au nom de son mari, les créanciers n'avaient d'action contre ce dernier que dans la mesure où la femme n'avait pas dépassé les limites de son mandat, et celui-ci se mesurait exactement sur l'obligation alimentaire qui incombait au mari. Si la femme se lançait dans des dépenses exagérées, le mari pouvait refuser de payer et les fournisseurs n'avaient pas de recours contre la femme qui ne s'était pas engagée personnellement (1).

Il était naturel, avec ces idées d'infériorité et d'incapacité, d'aboutir aussi à donner à la femme certaines garanties contre le pouvoir le plus absolu du mari, comme au pupille contre son « *bail* ». C'est dans ce second point que sont apportées les plus grandes modifications aux principes de la Gesammte Hand. Tandis qu'auparavant la femme, comme tout communiste en main commune, était entièrement soumise au pouvoir du mari qu'elle contrôlait par son concours à certains actes (2), la véritable base de la puissance maritale, qui aurait dû conserver à la femme cette situation, même avec la disparition de l'action mit Gesammter Hand (3), est perdue de vue, et de nombreuses règles de protection s'introduisent en faveur de la femme.

La première est apparue de bonne heure avec le droit de renoncer à la communauté à la dissolution ; mais au moyen-âge, réservée aux nobles (4), cette faculté était peu répandue ;

(1) Cf. Pothier : *Communauté*, n° 574. — D'Argentré : *Cout. de Bretagne*, art. 424, Glose 2. — Lebrun : *Communauté*, l. II, chap. II, p. 2, n° 6.

(2) Cf. *supra*, chap. III, p. 288 et suiv.

(3) Car le chef de la communauté zu Gesammter Hand ne peut agir que dans l'intérêt de l'association, et contre le pouvoir unitaire du mari le droit allemand accorde à la femme seulement un droit d'opposition. Cf. *supra*, chap. I, p. 59 ; chap. II, pp. 149, note 3 ; 177, note 1 ; 184, note 1 ; 207, note 3.

(4) Quoique Beaumanoir (op. cit., chap. XIII, n° 440) ne distingue pas, il est à peu près certain que ce privilège était spécial aux femmes nobles. Le *Grand coutumier de France* (chap. II, 41), en effet, qui nous donne la raison de son introduction, semble établir une

on la trouve postérieurement étendue aux deux classes, dans la nouvelle coutume de Paris (1), mais elle est encore exclusivement accordée à la noblesse dans certaines coutumes (2). Principalement à l'égard des femmes roturières on peut donc dire que les anciens principes de la Gesammte Hand se sont encore conservés en certains points à notre époque.

Par concordance avec cette faculté de renoncer, la jurisprudence et la doctrine autorisèrent la femme à accepter la communauté tout en ne contribuant aux dettes que jusqu'à concurrence de ce qu'elle amendait des biens communs. La femme, dut au début, pour pouvoir jouir de cette faculté demander des « *lettres royaux* » ou « *lettres de bénéfices d'inventaire* » ; cette formalité disparut et ce bénéfice de compétence ou d'émolument, que l'on ne voit pas encore dans la coutume de Paris de 1510, s'y trouve à l'époque de la seconde rédaction (1580) (3)

Avant cette faculté, s'était établi pour la femme le droit de demander la séparation de biens ; il est douteux qu'elle existe déjà au XIVe siècle où Boutillier n'en parle encore que pour le cas de séparation de corps, et elle n'est probablement admise comme principale qu'au moment de la première rédaction (4).

C'est en raison des idées nouvelles sur la situation de la femme et de sa comparaison à une incapable que l'on est arrivé à la plus grave atteinte aux principes vrais. Autrefois

cause propre à la classe noble Cf. une note de Charondas disant que ce privilège n'était certainement pas accordé aux roturières à l'origine.

(1) Cf. Laurière : Sur art. 228, *Nouv. Cout. Paris.*

(2) *Cout. de Senlis*, art. 127 ; de *Clermont-en-Beauvoisis*, art. 188 ; *de Valois*, art 97, *de Troyes*, art. 12 ; *de Chaumont*, art. 7 ; *de Berry*, VIII, art. 9. — Dans la Cout. de Nivernais de 1490 se trouve encore le symbole de renonciation par délaissement de la ceinture et de la bourse. — Cf. *Cout. de Nivernais.* — Bourcomont : *Nouvelle revue historique de droit français et étranger*, 1897, p. 762.

(3) Art. 228, cf. *supra*, chap. II, p. 216.

(4) Cf. *supra*, chap. III, p. 298.

en vertu de son pouvoir propre de communiste, lorsque le chef de la communauté se trouvait dans l'impossibilité d'agir, la femme prenait la direction de la société conjugale et pouvait se comporter comme ce dernier à l'égard du patrimoine commun, c'est-à-dire librement et sans autorisation aucune (1). Maintenant la femme est assimilée à une incapable, elle doit donc être relevée de son incapacité, et à défaut du mari c'est à la justice qu'incombera ce soin. L'autorisation de justice naît ainsi vers le XIVe siècle d'une pensée de protection et de tutelle, et au XVIe siècle elle est définitivement établie et généralisée; la femme devra la demander et l'obtenir toutes les fois que le mari étant empêché d'agir, elle entreprendra des actes dépassant les limites de la simple administration (2).

Il faut mentionner aussi une autre règle de protection; c'est l'hypothèque légale qui, puisée dans le droit de Justinien, est introduite au XVIIe siècle par l'influence de la théorie des récompenses à laquelle nous arrivons.

Cette théorie est le résultat le plus important de toutes les conceptions romaines,

Les récompenses, de quelque nature qu'elles soient, n'existaient pas au moyen-âge; « *un mari ne saurait se lever trop tôt*

(1) Cf. *supra*, chap. III, p. 296.

Cf, Dunod : *Cout. de Franche-Comté*, p. 306. Il est très important de faire remarquer qu'en Allemagne, à la même époque, l'autorisation de justice est introduite aussi sous l'influence de la doctrine romaine. Et cependant elle n'a pas été un obstacle à la continuation des principes de la Gesammte Hand. Cf. *supra*, chap. II, p. 174. Pourquoi en serait-il différemment chez nous? Remarquez d'ailleurs qu'il restait un cas où la volonté libre et spontanée de la femme produisait encore un effet; c'était lorsqu'il s'agissait de tirer le mari de prison; la femme avait alors le droit sans aucune autorisation d'engager les biens communs et ses propres biens. — Cf. Pothier : *Puissance du mari*, nº 35. Et la jurisprudence avait encore admis le pouvoir de la femme dans des arrêts de 1595 et de 1651 au cas de dotations faites par une femme sur les biens communs, en l'absence de son mari pour l'établissement de leur enfant. Cf. *contra*, Pothier, op. cit., nº 41.

pour vendre le propre de sa femme », disait-on à ce moment. et il n'y avait pas non plus de récompenses en faveur de la communauté. D'ailleurs c'était une époque où les aliénations d'immeubles étaient rares, et où l'on procédait plutôt par voie d'échange. Le principe des récompenses apparaît vers le XVIe siècle, car on ne le rencontre que dans la seconde rédaction des coutumes, Il s'est développé sous l'influence de l'idée romaine que nul ne doit s'enrichir aux dépens d'autrui, et aussi de la pensée de protéger la femme contre les pouvoirs absolus du mari ; la tendance germanique à conserver à chacun des époux ses propres n'y fut pas non plus étrangère. L'origine première des récompenses se trouve dans l'usage antérieur des stipulations de remploi ; pour que la femme pût recouvrer la valeur de son propre aliéné, on avait coutume d'insérer dans le contrat de mariage une clause de remploi ; dans ce cas si le mari navait pas fait le remploi, par une sorte de subrogation réelle, il y avait de plein droit une « *assignation* » sur les conquêts immeubles et les propres du mari ; c'est-à-dire que la femme avait le droit à la dissolution de choisir un de ces biens représentant la valeur de son propre aliéné et de le revendiquer en pleine propriété à la dissolution.

C'est là le droit que l'on trouve encore à l'époque de la première rédaction. Entre cette période et le moment de la seconde rédaction, on admit que la femme aurait droit à cette assignation, même à défaut de clause de remploi, et bientôt on se départit de cette idée d'une subrogation réelle pour donner à la femme un droit de reprise en valeur. La théorie des récompenses était née. et on étendit ce principe même à la communauté.

Mais cette idée de récompenses, qui semble au premier abord choquer les règles de la Gesammte Hand, est au contraire absolument en harmonie avec elle. Au début, ce droit de la femme fut considéré comme un droit de créance contre la communauté ; mais cette conception inexacte fut abandonnée de bonne heure pour envisager la femme comme

ayant simplement dans la communauté un droit plus fort : la femme au lieu d'être copropriétaire pour moitié, se trouvait avoir droit à une part indéterminée qui à la dissolution comprenait cette moitié et en outre le montant de ses récompenses (1).

Nous retombons ici dans l'élément caractéristique de notre doctrine : les époux n'ont pas forcément un droit déterminé dans la communauté pendant le mariage ; c'est à la dissolution seulement que cette quotité s'établit. Et c'est ainsi que l'on est arrivé à autoriser la femme à effectuer ses prélèvements en nature : la femme était donc considérée encore comme une copropriétaire et non comme une créancière. Et la femme, tant que durait la communauté, n'avait pas un droit qui fût évalué par un chiffre déterminé : cette proportion ne se précisait que par le montant de ses reprises. Elle était copropriétaire en main commune.

Nous arrivons donc à ce résultat paradoxal que des idées romaines ont abouti à une consruction pleinement en concordance avec les principes germaniques. C'est que, il faut bien le reconnaître, la Gesammte Hand est au fond de toutes les discussions de l'époque ; elle est la base encore du régime des coutumes mêmes rédigées, et la femme, ainsi que le mari, ont conservé leur situation ancienne. Si le mari est resté toujours le chef d'une communauté en main commune (2), la femme, sous les idées de protection et d'incapacité qui semblent l'écarter, est toujours non associée égale. La nouvelle coutume de Bourbonnais ne nous dit-elle pas que si le mari dispose librement des meubles et des acquêts, la femme est néanmoins « *personnière* avec son mari en meubles et conquêts » (3)? Et le pouvoir propre d'action qui doit en

(1) Cf. Esmein : *Revue critique de législation et de jurisprudence*, 1877, p. 83 — Saleilles : Cours 1899-1901. — Chéron : op. cit., pp. 114 et ss.

(2) Cf. *supra*, chap. III, p. 284.

(3) Art. 236 et 241. — Nous verrons au chap. IV, p. 395, 428, l'importance que prend ce mot ; il prouve en effet que la femme est encore considérée comme une communiste de société taisible ; or ces

résulter pour elle dans certains cas existe encore en réalité. Comment expliquer sans cela plusieurs décisions des coutumes en opposition directe avec ces idées? Ainsi la femme qui a entrepris un commerce séparé du consentement de son mari est pleinement capable pour tout ce qui concerne ce commerce, et dans ce cercle elle oblige pleinement la communauté : « Femme mariée ne se peut obliger sans le consentement de son mari si elle n'est séparée de biens ou marchande publique » (1). Pour quelle raison aurait-elle dans ce cas des droits sur le patrimoine commun si ce n'est en vertu de son pouvoir propre, que le consentement du mari lui permet d'exercer? (2)

Et comment faire concorder avec un principe d'incapacité cette autre règle que la femme peut s'obliger seule et valablement pour tirer le mari de prison, ou pour doter son fils ou sa fille modérément? (3).

Il faut bien le reconnaître : si la doctrine, imbue des idées romaines, faisait de la femme une incapable, en réalité la situation de celle-ci se basait toujours sur les mêmes principes. Nous sommes convaincus une fois de plus que la théorie de la Gesammte Hand était toujours vivante chez

communautés reposaient sur les principes de la Gesammte Hand. — Dunod lui-même nous affirme que la femme est toujours copropriétaire; à la dissolution elle demeure saisie « *étant déjà propriétaire* », dit-il. Sur art. 10, chap. VII. Cout. de Franche-Comté.) Une autre preuve que ce droit de copropriété de la femme durant le mariage subsiste toujours virtuellement se trouve dans la jurisprudence du XVIIIe siècle. Pendant longtemps la mort civile prononcée contre le mari entraînait la confiscation de tous les biens de la communauté (comme jadis elle entraînait celle de tous les meubles) depuis l'assimilation des conquêts aux meubles. Mais Dumoulin lui-même ayant soutenu que la confiscation ne pouvait atteindre que la part du mari, la jurisprudence généralisa cette doctrine et admit que les condamnations prononcées contre le mari frappaient uniquement ses biens personnels et sa part dans la communauté. — Cf. Chéron : op. cit., pp. 111 et ss.

(1) *Cout. de Paris*, art. 114.

(2) Cf, *supra*, ch. III, p. 295.

(3) Cf. Dunod : *Cout. Franche-Comté*, p. 308.

nous malgré l'oppression à laquelle ses principes étaient assujettis; et dans notre opinion, certaines coutumes, comme celle de Reims (1) que l'on a voulu considérer comme supprimant toute communauté pendant le mariage pour l'établir à la dissolution (2), ne sont que l'expression parfaite, sous des termes évidemment défectueux, de cette règle fondamentale de la Gesammte Hand que pendant le mariage aucun des époux n'a un droit déterminé dans cette entité juridique séparé qui forme le patrimoine conjugal. (3).

Il est curieux et intéressant de remarquer que ce principe est celui qui s'affirme le plus nettement même dans les ouvrages composés en latin des jurisconsultes de cette époque, chez qui il est facile de reconnaître que la conception de la copropriété en main commune reste toujours à la base de leurs décisions.

Les expressions qu'emploie Dumoulin pour établir que le droit de la femme est « potius in habitu quam in actu » (4) correspondent parfaitement à cette conception de la Gesammte Hand que le droit de tout communiste dans le patrimoine pendant la durée de la communauté, n'est qu'un droit latent, une simple expectative (5). Et cette autre formule « non est socia æque principaliter, nisi post obitum viri, vel

(1) Art. 239. — « Homme et femme conjoints par mariage ne sont uns est communs; ainsi le mari seul, sans l'avis et le consentement de sa femme en peut disposer comme et à qui lui semble. Elle partit néanmoins après le décès du mari. »

(2) Troplong : *Préf.*, *Contrat de mariage*, p. cxxx. — Lebrun : *Traité de la communauté*, p. 3.

(3) Car la Coutume de Reims ajoute : « Néamoins, après le décès dudit mari et au choix est option de ladite femme survivant son dit mari, de partir contre l'héritier de son dit mari, ou de se tenir à ses douaires et apports... » Il y a donc une société dans laquelle les droits des membres ne se précisent qu'à la dissolution. — Cf. dans notre sens, Beaune : *Introd. à l'Histoire du droit Cout.*, p. 492. — Chéron : op. cit., p. 56.

(4) Dumoulin : loc. cit.

(5) « Latent » « stillschweigend » Cf., chap. I, p. 48.

soluto matrimonio » (1) indiquait clairement qu'il n'existe pendant le mariage qu'une « *Anwartschaft* » se déterminant à la dissolution seulement. Et Lebrun est dans le même sens lorsque, parlant du droit de la femme, il affirme que « par rapport au temps du mariage il n'y a rien de si faible » (2).

Pothier est particulièrement expressif : « la femme, dit-il, n'y a pendant ce temps qu'*un droit informe*, qui n'est proprement autre chose *que le droit de partager un jour* ce qui composera cette communauté lors de la dissolution » (3). Le droit indéterminé de tout communiste zu Gesammter Hand n'est pas autre chose que ce droit « *informe* » de la femme; et le seul droit véritable qui appartient en effet à un Gesammthænder, est bien celui de partager à la dissolution. Mais Pothier est plus précis encore. « Le droit de la femme se réduit donc, tant que dure la communauté, à une *simple espérance.....*; ce n'est *que par cette dissolution que le droit de la femme est ouvert et qu'il devient un droit véritable et effectif de propriété pour moitié.....* » (4) et comme s'il avait connu les principes de cette théorie il ajoute que la femme ne peut disposer de sa part pendant le mariage (5); il est impossible d'être plus clair (6).

Enfin même des auteurs modernes qui se sont occupés du régime de communauté à notre époque ont encore répété ces principes de la Gesammte Hand. Pendant le mariage le mari était « *comme propriétaire* », dit Troplong, et « *ce n'était qu'à la dissolution que le droit de société de la femme se montrait avec énergie* » (7). Les droits de la femme « *n'apparaisssent qu'à la dissolution* », ajoute Ginoulhiac (8).

(1) *Comment* sur art 109, n° 3.
(2) *Traité de la communauté*, p. 217.
(3) *Cout. d'Orléans*, p. 214.
(4) *Traité de la communauté*, p. 270.
(5) *Traité de la puissance maritale*, p. 32.
(6) Cf. *supra*, chap. III, p. 285, note 4 de nombreuses expressions de ces auteurs dans notre sens sur les pouvoirs du mari.
(7) Préf. *Contrat de Mariage*, p. CXXIX.
(8) Op. cit., p. 303. — Cf. Odier : op. cit., I, p. 197.

Cette copropriété en main commune se retrouve encore dans les règles qui concernent soit les dettes. soit les dispositions adoptées par les coutumes à la dissolution.

Quant aux dettes, nous trouvons un léger changement à partir du XVIe siècle; la notion primitive de l'affectation exclusive des meubles au paiement des dettes s'est affaiblie, et depuis longtemps les immeubles aussi peuvent y être employés (1 *bis*), et en même temps naît une distinction rencontrée souvent déjà à propos de l'actif, entre les dettes mobilières et les dettes immobilières. Dès le XVe siècle on avait distingué les dettes personnelles et les dettes réelles; et en même temps s'était établie une corrélation entre telle nature de biens et telle nature de dettes; le passif mobilier suivra les meubles, tandis que le passif sera affecté aux immeubles. C'est ainsi que parmi les dettes antérieures, les dettes mobilières seules tomberont dans la communauté.

Mais quant aux dettes nées pendant le mariage, la situation reste la même. Toutes les dettes du mari comme chef de la communauté sont à la charge de cette dernière et nous avons vu que ce n'est que tardivement que la jurisprudence a restreint la confiscation entraînée par une condamnation encourue par ce dernier (2). Quelques différences seulement sont introduites quant aux dettes contractées par la femme, par suite de la nouvelle conception de la situation de cette dernière : elle oblige la communauté toutes les fois qu'elle contracte avec l'autorisation expresse de son mari ou lorsqu'elle agit dans l'intérêt de son commerce entrepris du consentement de ce dernier; et c'est sous la fausse notion de mandat tacite du mari qu'elle continue à obliger la communauté lorsqu'elle achète des fournitures pour le ménage. Mais en dehors de ces cas, les obligations qu'elle contracte ne font pas pas partie du passif commun, même lorsque la femme agit avec l'autorisation de la justice : il reste cepen-

(1 *bis*) Cf. sur cette évolution, Chéron : op. cit., pp. 44 et ss.

(2) Cf. *supra*, chap. III, p. 288, note 1. — Cf. Schwarz : § 20.

dant toujours un cas ou la femme, en vertu de son pouvoir propre à action sur le patrimoine, c'est lorsqu'elle contracte une dette pour tirer son mari de prison et établir les enfants communs, cas où elle peut agir même sans autorisation de justice.

A la dissolution, les dettes se partagent par moitié : « à cause de laquelle communauté le mary est tenu personnellement payer les debtes mobiliaires deues à cause de sa femme et en peut être valablement poursuivi durant leur mariage. Et aussi la femme est tenue après le trespas du mary payer la moitié des debtes mobiliaires faites et accreues par ledit mary tant durant ledit mariage qu'auparavant iceluy » (1).

Les coutumes suivent donc toujours le principe de la séparation des patrimoines attachés à la Gesammte Hand; à côté d'un actif se trouve un passif correspondant et bien distinct des dettes qui sont propres à chacun des époux.

Le partage du patrimoine s'effectue à la dissolution d'après les règles suivies au moyen-âge; et les principes qui étaient propres aux roturiers seulement se trouvent maintenant étendus aux deux classes. Cependant, même dans certaines coutumes rédigées, on retrouve encore pour les classes nobles le principe d'accroissement de la Gesammte Hand qui était de règle à l'époque antérieure (2), tandis que quelques-unes établissent pour le survivant un droit particulier sur l'ensemble des meubles que l'on a rencontré souvent en Allemagne (3).

Le douaire de la femme subsiste également dans les coutumes du XVIe siècle avec la distinction entre le douaire légal et le douaire conventionnel. C'est toujours un gain de

(1) Tit. X, art. 2. — *Cout. Paris.* — Cf. *Nouvelle Cout. Paris*, art 109. — *Cout. de Bourgogne*, chap. IV, art. 9.

(2) Cf. *supra*, chap. III, p. 303.

(3) Cf. Laurière : s. art. 238, *Nouvelle Cout. de Paris :* le survivant noble a un privilège sur les meubles situés en dehors de Paris. — Cf. *Cout. de Chartres*, chap. X, art. 57 : entre nobles tous les meubles appartiennent au survivant, les acquêts seuls se partagent. — Cf. *supra*, chap. II, p. 161.

survie qui ne s'ouvre qu'au décès du mari. Mais il n'a plus l'influence qu'il possédait avant, et ne donne plus à la femme la garantie qne celle-ci trouvait dans son concours exigé pour l'aliénation des immeubles du mari qui lui étaient assignés (1). C'est une des raisons pour lesquelles l'hypothèque légale a été fondée à s'introduire. L'action à deux qui était de règle au moyen-âge était restée dans les mœurs et dans la pratique, qui exigeait de la femme une renonciation à la protection que lui accordait le sénatus-consulte Velléien introduit en France. Lorsqu'un édit de 1606 abolit définitivement le Velléien et déclara les femmes mariées capables sans distinction de s'obliger, pourvu qu'elles fussent autorisées de leurs maris, la femme se trouva livrée sans défense avec tout son patrimoine à l'influence maritale. L'hypothèque légale remplissant alors le rôle qu'avait autrefois joué le douaire, permit de nouveau à la femme de s'immiscer dans les affaires communes (2).

Certaines coutumes à cette époque considèrent le douaire comme personnel à la veuve ; par suite, le mari pouvait l'aliéner sans qu'il pût y avoir d'opposition de la part des enfants. Mais d'autres s'en tenaient encore aux principes du XIIe siècle d'après lesquels la veuve n'avait qu'un droit d'usufruit sur une quote-part, la nue-propriété appartenant aux enfants du mariage, ce qui faisait admettre un résultat contraire.

Dans ces coutumes, le douaire était dû seulement aux enfants issus de l'union conjugale, et si la mère se remariait, les enfants du deuxième lit n'avaient aucun droit à ce douaire. Si c'était le mari qui contractait un second mariage, les enfants nés de cette union n'avaient droit qu'au quart

(1) On trouve cependant encore dans l'art. 119 de la *Cout. du Perche* la règle suivante : « La femme douairière peut après la mort de son mari attaquer pour son douaire les tiers acquéreurs et détenteurs d'héritages affectés à son douaire et que le mari a aliénés et vendus depuis son mariage. »

(2) Cf Chéron : op. cit., pp. 60 et suiv.

des immeubles dont leurs frères et sœurs du premier lit avaient la moitié.

Il y a dans ces règles une ressemblanee sensible avec l'institution du Verfangenschaftsrecht allemand (1). Cette dernière a même pénétré en France maintenant ; on la reretrouve dans quelques régions de l'Artois, dans les coutumes d'Arras (2), de Lalleue (3), de Bapeaume (4).

En général, à la dissolution il y a lieu à continuation de la communauté entre le survivant et les enfants ; et lorsque c'est le mari qui prédécède, la femme reprend sa capacité, et commme jadis, ainsi qu'en Allemagne, elle administre la fortune, jouit des revenus, entretient les enfants et dispose à son gré des acquêts et des meubles ; elle devient chef de la communauté comme l'était son mari. Mais cette institution est maintenant battue en brèche, et c'est plutôt « *en haine du survivant* » qu'elle est conservée (5).

(1) Cf. *supra*, chap. II, p. 156 et ss.

(2) Art. 12, 21, 25.

(3) I, art. 76, — II, art. 6, 7, 9, — III, art. 8, 10.

(4) On la trouve encore dans la coutume de 1670, art. 15 et 16, cf. Sandhaas : op. cit., § 25.

(5) Les détails sur la communauté continuée aux deux époques trouveront leur place au chap. IV, pp. 432 et ss.

CHAPITRE IV

La Propriété Collective en Allemagne, en Suisse, en France. — La Gesammte Hand dans les communautés de famille de ces trois pays. — Les Sociétés Taisibles et la communauté entre époux : mêmes principes et même origine.

Généralités

Nous avons vu dans le chapitre précédent que le droit franc en général a eu dans notre droit coutumier une influence considérable, et que le développement de ses principes a suivi chez nous une route semblable à celle que ce droit avait prise en Allemagne, laissant à la base même de nos institutions actuelles de nombreuses idées du pur droit germanique. Et nous en avons conclu que la forme germanique de la propriété collective, que l'on désigne sous le nom de Miteigenthum zu Gesammter Hand avait certainement occupé chez nous une place très importante, et que, particulièrement, l'application de cette théorie comme fondement du régime de communauté entre époux de nos coutumes ne pouvait faire aucun doute ; nous croyons l'avoir établi déjà, autant par les ressemblances qui rapprochaient ce régime conjugal français de la même institution zu Gesammter Hand née en Allemagne aussi du droit franc, que par les règles mêmes qui, en France, établissaient la situa-

tion réciproque du mari et de la femme à l'égard du patrimoine commun.

Il nous reste à compléter cette démonstration par une preuve plus évidente encore.

Ce sont des principes germaniques qui ont été à la base du régime primitif de la propriété foncière en France, régime que nous montrerons de tous points semblables à celui qui a exclusivement régné à l'origine, en Allemagne et en Suisse. Et chez nous, comme dans ces deux pays voisins, cette propriété collective des premiers temps a eu pour fondement le principe essentiel de l'idée du groupe familial et de la communauté de famille, idée dont nous avons pu noter à maintes reprises dans le chapitre précedent la persistance dans notre droit ; cette famille germanique a donné naissance chez nous à une institution très répandue au moyen-âge surtout, la société taisible, laquelle dans ses moindres règles, se trouve conforme aux principes qui, en Allemagne et en Suisse, servent de pivot aux institutions analogues des communautés de famille ; nous en déduirons, sans qu'on puisse réfuter cette assertion si l'on accepte notre théorie de la Gesammte Hand pour les institutions de ces deux pays voisins, que chez nous aussi, les sociétés ou communautés taisibles n'étaient qu'un cas d'application des plus fréquents de l'idée de propriété en main commune.

Or il est indéniable que la communauté entre époux, principalement du moyen-âge, et postérieurement encore, s'est trouvée, par une multitude de principes identiques, constituer entre le mari et la femme une véritable société tacite : ce qui pour nous n'a rien d'étonnant ; car éclose, comme cette dernière, de l'idée prépondérante à cette époque reculée, de la propriété collective de la famille, elle devait fatalement s'organiser d'après les seuls principes connus à ce moment.

Cette ressemblance constante entre deux institutions dont l'une est évidemment la mise en action de l'idée de copropriété germanique et leur origine identique, est pour nous

la preuve certaine qui nous permet de soutenir que la communauté entre époux en France, comme en Allemagne, comme en Suisse, était une véritable Gemeinderschaft zu Gesammter Hand.

Section I

§ I. — Nous sommes obligés, pour la clarté de ce chapitre, d'effleurer l'histoire de la propriété foncière, dont la forme collective de l'origine se retrouvera à travers les siècles aussi bien en Allemagne qu'en Suisse et en France.

La propriété individuelle telle que nous la connaissons, n'a existé à l'origine chez aucun peuple. Au contraire, les recherches qui ont été faites sur cette question, ont donné pour résultat que chez toutes les peuplades primitives, la propriété foncière a été, au début, uniquement collective (1).

Ce principe originaire et son évolution postérieure ont d'ailleurs été longtemps ignorés ; et à l'époque où le droit romain était constitué, le souvenir du régime collectif primitif était déjà perdu ; c'est pourquoi pendant des siècles on n'a pa conçu la propriété sous une autre forme que celle établie par les Institutes.

Cette dernière ne répond pas à la vérité historique pour la période primitive. Tant que l'homme vécut uniquement des produits de la pêche et de la simple récolte des fruits sauvages, il ne pouvait y avoir chez lui aucune idée d'appropriation. Et lorsque peu à peu se développe l'agriculture, le territoire qu'occupe la tribu reste encore d'après l'idée primordiale qui résiste, la propriété indivise de celle-ci, et l'exploitation de la terre a lieu en commun par tous les habitants.

Dans une période postérieure, la terre se trouve divisée

(1) Cf. Laveleye : *De la propriété et de ses formes primitives.* Préface et p. 1. — Aucoc : *La question des propriétés primitives*, dans *Revue critique de législation et de jurisprudence*, 1885, pp. 108 et suiv.

en lots, dont l'usage temporaire seulement appartient à l'individu. Enfin, un nouveau pas se fait dans la voie de l'individualisation ; ces lots restent aux mains des groupes de famille occupant la même demeure et travaillant ensemble. De cette propriété familiale se sortira enfin la propriété individuelle et héréditaire qui restera elle-même encore pendant longtemps entourée de mille entraves (1).

§ II. — Dans l'histoire générale de la propriété foncière en Occident, les Germains jouent le rôle le plus considérable.

La propriété collective de la tribu, avec partages périodiques des terres était le régime des peuples germaniques à l'époque où les Romains les rencontrent. A cette époque les Germains étaient encore un peuple de pasteurs, qui abordait le régime agricole, et il résulte de la relation de César (2) qu'ils se livraient à l'exploitation familiale des terres attribuées périodiquement aux chefs de famille de la tribu : mais ces tribus nomades ne connaissaient pas encore la véritable propriété immobilière privée (3).

La chose devient peu à peu toute différente quand la culture du sol prend une plus grande importance : la terre, lorsqu'elle est améliorée par le travail de l'homme, devient un objet d'appropriation. Les Germains, il est vrai, avaient connu de bonne heure l'agriculture ; mais cependant on rencontre longtemps et dans tous leurs établissements un principe unique, celui de la propriété collective du sol, d'où naîtra la conception juridique du « Gesammteigenthum » ainsi que celles de la communauté de famille, du ménage com-

(1) Laveleye : op. cit., pp. 3 et suiv., cf. *La propriété collective du sol et différents pays*, pp. 21 et suiv.

(2) De Bello Gallico : 4, c. I.

(3) Laveleye : *Propriété et formes primit*, p. 81. — Garsonnet : *Histoire des locations perpétuelles*, p. 41. — Verdelot : op. cit., p. 11. — Giercke : *Deutsch Genossenschaftsrecht.*, I, § 7. — Lamprecht : *Deutsch Wirtschaftsleben im Mittelalter.*, II, §§ I, II et suiv.

mun, du groupe familial (*Gesammtwirtschaft*). C'est cette propriété commune de la tribu, puis de la famille qui sera la source de la propriété individuelle comme la communauté de famille a été la source des ménages particuliers (1).

A l'époque de César, il n'y a encore aucune notion de propriété particulière ; cet auteur nous montre les membres de ces communautés recevant des champs, à charge au bout de l'année, de les échanger contre d'autres.

Mais ces changements périodiques ne s'accordent plus avec une époque où la vie nomade a cessé et où la culture des champs a pris une grande extension. C'est la situation nouvelle que l'on rencontre déjà à l'époque de Tacite qui ne nous parle déjà plus de ces allotissements pour une durée limitée seulement (2). Mais néanmoins si la famille possède en propre, à ce moment, la maison et l'enclos, le reste des terres appartient encore, dans la forme de propriété collective, à la tribu (3).

(1) Cf. Giercke : op. cit., § 7.

(2) *Germanie*, chap. XXVI.

(3) Cette théorie de la propriété collective à l'origine, presque universellement acceptée aujourd'hui, a rencontré cependant des adversaires, dont le plus résolu a été Fustel de Coulanges, principalement pour l'époque de Tacite. — (Cf. *Recherches sur quelques problèmes d'histoire*, pp. 189 et suiv. — *Compte-rendu Vergé*, année 1885. — *L'invasion germanique au Vᵉ siècle* dans la *Revue des Deux-Mondes*, 15 mai 1872) ; dans le passage célèbre de la Germanie de Tacite, il ne veut reconnaître que l'existence d'une propriété privée. Laveleye au contraire (*De la propriété et de ses formes primitives*, p. 82), tout en reconnaissant l'exactitude de la traduction que Fustel de Coulanges fait de ce passage, trouve là, avec tous les auteurs allemands, non pas encore un régime de propriété privée, mais un « système de possession qui assure à chaque individu un droit personnel à une part du territoire commun », c'est-à-dire un régime de propriété collective. Et comme le fait remarquer M. Aucoc, s'il est permis de croire Tacite quand il parle des maisons, il faut probablement le croire aussi quand il parle d'une répartition des terres cultivées ou d'un déplacement des cultures. Et il faut conclure de ces indications fort nettes que si la propriété privée de l'individu ou de de la famille est assise sur les maisons, elle ne l'est pas sur les terres

L'étendue des terres ainsi possédées en commun par la tribu formait la « *Mark* » germanique. La Mark ne comprenait pas seulement la communauté des terres ; sous le nom de « *Markgenossenschaft* » elle est aussi une association de personnes. De petits groupes dont les membres se trouvaient unis entre eux par des rapports de race ou d'amitié, occupaient une Mark et formaient une société de personnes ayant son existence propre à côté des divisions politiques (1).

Cette association ou « Markgenossenschaft » était un cercle fermé, et ne devenait pas « Markgenossen » qui voulait : aucun étranger ne pouvait s'établir dans la Mark sans l'adhésion expresse et unanime des membres, ou s'il n'avait joui, pendant un an d'une tolérance qui équivalait à leur consentement tacite.

La Mark a ses autels, et plus tard elle aura son église et son patron. Elle possède un tribunal qui juge ses membres ; ceux-ci prennent dans leurs assemblées les décisions qui intéressent la Markgenossenschaft ; ils sont responsables entre eux des crimes et des délits commis par l'un d'eux en dehors de la Mark, et se doivent mutuellement aide et assistance (2).

de culture, pas plus que sur les pâturages où les bois « Les Germains ont un pied dans la propriété privée ; ils n'y ont pas les deux pieds. » — (Aucoc : *Compte-rendu Vergé*, 1885, fasc. 7 et 8, pp. 134 et suiv.) — Cf. Glasson : *Les communaux et le domaine rural à l'époque franque*, pp. 1 et suiv., cf. particulièrement § 3. — Thévenin : *La propriété au Moyen-Age*, pp. 130 et suiv. — Viollet : *Histoire du Droit français*. II, pp. 556 et suiv. ; *Caractère collectif des premières propriétés immobilières*, pp. 455 et suiv. — Schrœder : *Lehrbuch der deutschen Rechtsgeschichte*, § 10. — Giercke : *Genossenschaftsrecht*. I, pp, 53 et suiv. — Lamprecht : *Zeitschr. d. Berg. gesch. Vereins*, 16. — Maurer : *Einleitung z. Gesch. d. Mark, Hof, Dorf., u. Stadtverfassung in Deutschland*. — Heusler : *Inst.*, I, § 56.

(1) Cf. Giercke : op. cit., I, § 8.

(2) Cf. Garsonnet : op. cit., pp. 196 et ss. — Giercke : op. cit., I, §§ 9 et ss. — Brissaud : *Manuel d'histoire du droit français*, p. 448.

L'étendue de terrain occupé par la Marck se divisait en trois parties principales :

1° Une première partie du territoire est réservée au village, elle constitue le « *Dorfraum* », qui comprend aussi le « *Hofstœtte* » ou portion qui est attribuée à chaque chef de famille pour la construction de sa maison et pour son jardin (1). C'est à la maison et à l'enclos y attenant seuls que s'appliquait à l'époque de Tacite la propriété héréditaire (2).

Mais même relativement à ces biens il n'y a pas encore propriété de l'individu, c'est la famille toute entière qui est propriétaire ; il y avait donc encore une communauté, mais plus étroite ; celle de la famille s'était substituée de bonne heure ici à celle de la tribu (3).

2° Une deuxième partie reste commune à tous les Markgenossen et comprend tout ce qui n'est pas susceptible d'un usage particulier, comme les forêts, les paturages, les eaux, les routes, etc. (4). Sur cette portion de la Mark tous les droits de domination et d'usage sont indivis ; mais comme la Markgemeinde est à la fois une pluralité et une unité, l'Allmende n'est pas réservé pour les besoins communs de l'unité, mais il sert aussi aux besoins de la pluralité (5). Aussi chaque membre de la Margenossenschaft est-il autorisé à se servir de la Mark commune pour ses nécessités

(1) Giercke : *Deutsch. Privat.*, p. 577. — Garsonnet : op. cit., pp. 41 et ss.

(2) Dareste de la Chavane : *Hist. des classes agricoles*, p. 88, pp. 92 et ss — Garsonnet : op. cit , pp. 198 et ss.

(3) Cf. Glasson : op. cit , § 3.

(4) Laveleye : op. cit., p. 82 C'est en réalité ce territoire commune de la tribu qui s'appelait « *Mark* ». En vertu de l'importance de cette portion, le nom s'était étendu à tout le territoire. Cette partie commune s'appelait plus spécialement « *Allmend* » ; on trouve aussi les mots « *Gau* » ou « *Geraiden* » (en Alsace), « *hundertschaften* », « *huntari* », « *gemeine Mark* ». — Cf. Stobbe : « *Handbuch* », I. § 55. — Dareste de la Chavanne : op. cit., pp. 88 et ss. — Cf. *Lex Burg*, tit. I, tit. XXI ; *Lex Rip*, tit LXXVI ; *Lex Baiuw*, tit. VIII, § 2.

(5) Cf. Giercke : *Deutsch. Privatr.*, p. 578.

journalières ; il peut chasser dans la forêt, y prendre du bois et récolter les fruits naturels qu'elle produit, pêcher dans les rivières de la Mark, et faire paître ses troupeaux dans les prairies communes. Son droit ne se heurte qu'à ces seules limites : son propre besoin (car il ne peut vendre les produits qu'il retire de l'Allmende) et les règles qui déterminent l'exploitation de ces biens (1).

Ces droits à l'usage commun étaient attachés plutôt aux domaines qu'aux propriétaires, car il ne suffisait pas de se trouver présent sur le territoire de la communauté pour pouvoir y prétendre ; il fallait en outre être détenteur d'une Hufe, et ces prérogatives se transmettaient avec cette dernière (2).

3° Enfin, une dernière partie, ou « *Feldmark* », qui comprend les terres arables, est répartie entre les membres ; on la divise en autant de lots qu'il y a de chefs de famille, et chacun d'eux à l'usage de celui qui lui est attribué par le sort pendant un certain temps, au bout duquel ce lot est échangé contre un autre. Chaque famille avait droit à la jouissance temporaire d'une de ces parts, mais nul n'y avait un droit permanent et héréditaire (3). Les familles formant la com-

(1) Cf. Lamprecht : op. cit., I, chap. IV, 2. — Stobbe : *Handbuch*, I, p. 504.

(2) Ces droits s'appellent « *hobæ*, *marcæ*, *nemora propria*, *curtis*, *usus*, *saltuum communium*, *pertinentia*, *adjacentia* ». — Cf. Glasson : op. cit , pp. 115 et ss. — Cf. Thévenin : op. cit., p. 182. — Dareste de la Chavanne : op. cit., p. 98. — Laveleye : op. cit., p. 101 et ss. — Stobbe : *Handbuch*. I, p. 503, p. 505.

(3) Cf. Laveleye : op. cit., pp. 83 et ss. — Garsonnet : op. cit., pp. 41 et ss. Le mot « *Eigenthum* », en effet, est de date récente et ne se rencontre guère antérieurement au XVI[e] siècle. Le mot « *Eigenschaft* » est peut-être plus ancien sans dépasser le XIV[e] siècle. Les expressions « *Sondergut* », « *Sondereigen* » prouvent bien que la propriété privée était née d'une séparation de la propriété collective.

La partie de la Mark ainsi occupée par un groupe familial était désignée sous les noms de « *geburscip* » ou « *vicinum* », ce qui donnera le « *voysinet* » ou « *visnet* » du moyen-âge en France.

munauté n'avaient qu'un droit d'usage, et c'était l'association toute entière qui était propriétaire du sol.

Le Hofstætte, le droit attribué à chaque chef de famille d'avoir une part dans le partage périodique de la Feldmark, et le droit à l'usage de l'Allmend, constituaient un tout qui était la « *Hufe* » paysanne (1).

Mais dans le cours des siècles, l'idée d'une propriété privée du paysan à la Hufe devait croître de jour en jour grâce aux développements économiques. Les progrès de l'agriculture se développant, la rotation forcée des cultures ou Flurzwang et les règlements gênants qui en résultaient tombèrent en désuétude, et chacun voulut exploiter librement sa terre. C'est pourquoi les changements périodiques cessèrent à mesure que la culture devint plus raisonnée, et peu à peu la famille qui occupait un lot depuis un temps fort reculé, finit par le considérer comme sa propriété au même titre que la maison et l'enclos qui lui appartenaient déjà. Il faut compter aussi avec l'influence croissante du fait de l'occupation des terres vacantes ; les travaux de défrichement devinrent de plus en plus des titres à une appropriation permanente, et il en naquit la conception de la propriété individuelle basée sur le travail personnel du détenteur de la Hufe (2). Mais cependant le caractère primitif de la Hufe ne disparaît jamais entièrement et le principe d'une propriété appartenant à la collectivité subsiste toujours ; il s'affirme dans cette conséquence que l'ancienne propriété exclusive de la communauté devient, sur les parts appropriées par les groupes familiaux établis dans la Mark, une sorte de propriété supérieure des communistes qui apparaît lorsqu'il s'agit d'aliéner ou de transmettre héréditairement ce bien (3).

(1) Sur la Hufe, cf. Lamprecht : op. cit., I, chap. IV, 1.

(2) Laveleye : op. cit, pp. 85 et ss. — Garsonnet : op. cit., pp. 515 et ss. — *Beinfænge*, *Einfænge* ou *Bifang*] sont les noms des terres ainsi défrichées. — Dareste de la Chavanne : op. cit., pp. 92 et ss.

(3) Giercke : *Deutsch. Genossenschaftsrecht*, I, § 8. — Laveleye : op. cit., p. 98.

Cette partie de la Mark ne peut être aliénée par son détenteur, contre la volonté des autres membres ; ceux-ci sont armés contre l'acquéreur étranger d'un droit de retrait. De même la succession à la Hufe se trouve restreinte ; la Hufe passa toujours aux fils ou petits-enfants du père de famille défunt, comme membres de la communauté la plus intime, de la communauté familiale. Mais si les descendants manquaient, la famille était éteinte et la Hufe revenait à la communauté dont elle était sortie (1).

§ III. — L'Allemagne est restée au moyen-âge, et jusqu'aux temps modernes la terre classique des communautés de villages : ni le système féodal ni les progrès inévitables du droit individuel n'ont pu détruire entièrement la propriété collective de la Mark et son organisation indépendante ; les caractères essentiels de cette institution subsistent au moyen-âge (2).

Cependant, à une époque postérieure, l'action de l'état absolutiste, les empiètements des seigneurs féodaux, l'influence aussi du droit romain d'abord et ensuite de l'économie politique individualiste, limitèrent peu à peu la communauté des usagers de la Mark. La propriété de la Gemeine Mark appartient maintenant fréquemment à un seigneur ou à une abbaye (3).

Mais il est resté en Allemagne de nombreux vestiges de l'ancien régime agraire, même le plus ancien jusqu'à

(1) Cf. Giercke : *Erbrecht und Vicinenrecht in Edikt Chilperich's*, dans *Zeitschr. f. Rechtsgesch*, 1876, t. XII, pp. 464 et ss.

(2) Garsonnet : op. cit., pp. 196 et ss. A partir du xe siècle les parties de la Mark communes étaient souvent concédées à des particuliers soit à charges de revances (Gemeinfelden de Trèves, Geraidefelden, etc.) soit même à titre gratuit. Mais ces biens appartenaient encore à la Mark, car les particuliers qui les possédaient ne pouvaient ni les aliéner ni les hypothéquer. — Cf. Garsonnet : op. cit., p. 514. — Giercke : *Deutsch. Genossenschaftsrecht*, II, pp. 75 et ss.

(3) Stobbe : *Handbuch*, I, p. 503. — Giercke : *Deutsch. Privatr.*, pp. 584, 585. — Lamprecht : op. cit., I, chap. III, pp. 75 et ss.

notre époque. Les fermes isolées ne se rencontrent guère en ce pays, la constitution des villages allemands a toujours été une communauté de Mark dans laquelle l'association agricole absorbait la commune politique, et il en est souvent de même encore aujourd'hui (1).

La communauté de la Mark s'était maintenue au siècle dernier dans l'Allemagne centrale dans le Sauerland, la Westphalie, la Forêt Noire (2). Et on rencontre encore des Gehœferschaften ou sociétés agraires possédant des champs, des prés, des forêts, dans lesquelles chaque membre exploite des lots tirés au sort, et correspondant aux droits différents qu'il peut faire valoir (3).

(1) Laveleye : op. cit., pp. 104 et ss. — Giercke : *Deutsch. Privatr.*, pp. 586 et ss. — Lamprecht : op. cit., I, chap. IV.

(2) Laveleye : op. cit., pp. 104 et ss . pp. 106 et ss.

(3) Laveleye : op. cit., pp. 110 et ss. A partir du XVIII[e] siècle une législation hostile à la communauté des terres activa la destruction des anciennes Marken en favorisant les partages. Les lois de 1768 pour le Hanovre, les lois de 1769 et 1771 pour l'Autriche, servent d'exemples au Brunswick, au Schleswig Holstein, à la Hesse Nassau qui voient disparaître les restes de l'ancienne propriété collective. En Bavière, le mouvement vers le partage à outrance est plus lent ; il ne naît qu'au commencement du XIX[e] siècle et encore une loi de 1831 est-elle venue apporter quelques entraves à cette idée. Mais d'ailleurs dans cette région, le domaine familial s'est toujours conservé en dépit d'une législation favorable à l'idée nouvelle. Ce qui est frappant, en particulier, c'est ce fait que les biens ruraux sont la copropriété des des deux époux : en épousant un *Bauer* la fille devient copropriétaire du Hof, et si son mari meurt. elle en reste la maîtresse. Pendant le mariage, toute aliénation ou hypothèque est impossible sans le consentement des deux époux. ce qui correspond bien au principe germanique du bien de famille. Le survivant reste seul propriétaire ; si les deux parents viennent à mourir, les enfants sont copropriétaires du Hof et le font en général valoir en commun.

En Prusse on a cherché, par le système des Hœferollen, à entraver les partages (lois du 2 juin 1874, 14 fév. 1880 et 10 fév. 1884), et le gouvernement Prussien s'est attaché avec beaucoup de force au régime de l'Anerbenrecht ; le principe des Hœferollen avait pris une grande extension (Hanovre, Oldemburg, Schleswig-Holstein, Westphalie).

Cf. Blondel : *Etudes sur les populations rurales de l'Allemagne*,

Les restes les plus importants de l'institution germanique se retrouvent dans les « *Allmend* » des communes de l'Allemagne méridionale, principalement dans le Grand Duché de Bade, le Royaume de Wurtemberg, le Duché de Hesse, la Principauté de Hohenzollern, et même au Nord du Main (1). Dans le sens historique, l'Allmend est non seulement la vraie propriété collective germanique, mais comprend encore la jouissance de la terre par la communauté. Il se compose de bois, de pâturages et de champs (Wald, Weide, und Feld), et est considéré comme propriété communale dont l'usufruit appartient à tous les bourgeois, l'usage de chacun d'eux est réglé par la commune (2).

§ IV. — Les Allmend de la Suisse viennent aussi en droite ligne Mark germanique. Car le sol de la Suisse actuelle fut au ve siècle occupé par les peuplades germaniques. et c'est dans les Volksrechte germains qu'il faut chercher les sources des institutions de notre époque.

Le pays, du ve au xe siècle était divisé en grandes « *Gaue* » partagées elles-mêmes en fractions ou « *marcae* » constituées sur les principes de la Mark germanique (3). Et tandis qu'en Allemagne la féodalité surtout avait peu à peu détruit cette

chap. I, pp. 200 et ss. — Verdelot : op. cit., pp. 360 et ss. — Garsonnet : op. cit., pp. 517 et ss. — Giercke : *Deutsch. Privatr.*, pp. 596 et ss.

(1) Laveleye : op. cit., pp. 144 et ss., pp. 203 et ss. — *La propriété collective du sol en différents pays*, pp. 40 et ss.

(2) Cf. Laveleye : *La propriété collective du sol en différents pays*, pp. 28 et ss. — Bluntschli : *Deutsch. Privatr.*, § 59. Le mot « *Allmend* » vient de « *allgemein* » et indique bien le caractère de ces biens. L'Allmend de l'Allemagne du Sud diffère des Allmend de la Suisse à deux points de vue : 1° au point de vue du système de culture ; 2° au point de vue même du droit ; tandis qu'en Allemagne les droits à l'Allemend sont intimement liés aux droit communaux des bourgeois. En Suisse ces avantages constituent une part réservée à une sorte d'aristocratie héréditaire, cf. *infra*, p. 346.

(3) Cf. De Wyss : *Schweizerische Landsgemeinden* dans *Zeitschr. f. schweiz. Recht.*, I, p. 2 et suiv.

ancienne institution, il en fut tout autrement en Suisse. Les institutions de la Mark primitive se sont conservées en ce pays dans toute leur vigueur : et, comme anciennement, la commune de la Suisse actuelle n'est pas seulement une institution d'ordre politique mais aussi surtout une institution de l'ordre économique (1).

La propriété communale s'appelle *Allmend*. Dans un sens restreint (2), ce mot désigne seulement la partie du domaine indivis qui, située près du village, est livrée à la culture et comprend les « Wald, Weide und Feld » (3). Le domaine qui est exploité selon les règles appropriées aux nécessités de la commune, fournit de quoi satisfaire aux besoins de première nécissité, de la tourbe, du bois, des prairies pour le pâturage et un coin de terre pour la culture (4).

Pour pouvoir prétendre à une part de jouissance dans ces biens communaux il faut descendre d'une famille qui avait ce droit depuis un temps immémorial ; le caractère de l'ancienne institution germanique se retrouve bien conservé dans cette règle, et en principe c'est l'association des descendants des anciens occupants de la Mark qui a seule des droits sur ce domaine : ces descendants des membres primitifs de la communauté de village forment ainsi entre eux un groupe restreint dont sont exclus, non seulement les simples résidents, mais même ceux qui ont obtenu le droit

(1) Cf. Laveleye : *De la propriété et ses formes primitives*, p. 126 et suiv.

(2) Dans son sens large le mot *Allmein*, *Allmeind*, *Allmend*, *Allment Allmet*, *Allmy*, *Allmig*, *Gemeind*, comprenait anciennement tout le bien commun ; cette acception du mot se retrouve encore dans le canton de Schwytz Cf. von Miaskowski : *Die Schweizerische Allmend*, dans *Schmoller's Staats u. Socialwissenschaftliche Forschungen*, II, 1879 p. 1 et suiv.

(3) Cf. Von Miaskowski : op. cit., p. 14 et suiv.

(4) Cf. pour les détails Laveleye : op. cit., p. 128 et suiv. — Von Miaskowski : op. cit., p. 16 et suiv.

de bourgeoisie sans avoir été reçus dans le groupe privilégié (1).

Tout le régime de l'Allmend Suisse est très ancien ; les plus récents règlements remontent au xv siècle seulement (2); et les modes de jouissance sont encore ceux de l'ancienne Marck germanique (3). C'est dans le canton d'Uri que se trouve le régime le plus archaïque : dans la Mark supérieure, comme dans la Mark inférieure, c'est-à-dire dans les districts d'Uri et d'Urseren que sépare la Reuss, le principe qui préside au partage des produits des biens communs est celui de l'époque primitive : à chacun selon ses besoins, voilà la règle (4).

Le canton du Valais aussi a conservé, comme le canton d'Uri, le souvenir des formes anciennes : la jouissance du domaine communal dépend des propriétés privées ; mais le bois qui provient des forêts communales est divisé en lots qui sont tirés au sort (5).

(1) Cf. Laveleye : *La propriété collective du sol en différents pays*, p. 78. On appelle « *Beisassen* » ceux qui dans la communauté n'ont pas de droit sur le domaine. — E. Huber : *Schweiz Privatr.*, II, p. 5 et suiv., t. III.

(2) Cf. Laveleye : *De la propriété et de ses formes primitives*, p. 130 et suiv.

(3) Cf. Laveleye : op. cit., p. 131 et suiv. — Von Mia-kowski, op. cit, p. 85 et suiv.

(4) Cf. Laveleye : op. cit. p. 134 *La propriété collective en différents pays*, p. 85.

(5) V. Laveleye : op. cit., p. 144 et suiv.

La question de savoir quelle est la conception juridique qui détermine les situations de la Markgenossenschaft et de ses membres se trouve trop en dehors du sujet que nous traitons dans ce chapitre, pour que nous en abordions l'étude, qui en serait cependant infiniment intéressante ; nous nous contenterons seulement d'en dire quelques mots.

Les communes actuelles de la Suisse et de l'Allemagne sont des *corporations* du droit public ; ce sont des sujets juridiques capables de posséder un patrimoine ; ce patrimoine est destiné d'une part au but général de la communauté et en même temps à l'usage de ses membres.

Les règles qui concernent l'administration de la commune dépen-

Section II

§ I. — De même que la propriété individuelle naquit de la conception de la propriété collective, seule pratiquée par les peuplades germaniques, à l'opposé du droit romain, le

dent du droit public ; mais ce sont les principes du droit privé qui déterminent la situation des membres qui la composent. (Cf. Stobbe : *Handbuch*, I, § 55). C'est la situation de ceux-ci à l'égard des biens communs qu'il est intéressant de déterminer.

Pendant tout le moyen-âge on a manqué d'une théorie juridique bien déterminée sur la nature du droit des Markgenossen : on ne disait pas clairement que la propriété du patrimoine commun appartint à la Markgenossenschaft comme sujet distinct des Markgenossen ; au contraire dans la plupart des régions on trouvait cette conception juridique des communistes copropriétaires, mais sans qu'il y existât pour chacun d'eux un droit à une part idéale permettant de demander le partage du bien commun (Stobbe : *Handbuch*, I, § 55).

En vertu de ces divergences il semble donc inconsidéré d'adopter un principe unique et d'application générale à la construction de toutes ces Markgenossenschaften. C'est pourquoi parmi les auteurs qui ont étudié la question, nous trouvons de nombreuses décisions opposées. Heusler admet d'une façon générale l'idée de la personne juridique, pour repouser celle de la Gesammte Hand (*Inst.*, I, § 56, p. 269). Bluntschli (*Deutsch. Privatr.*, § 58, 59), au contraire, démontre que l'idée d'une personne morale se trouve incompatible avec la conception de l'Allmend, dont l'étymologie même du mot (Allmend vient de *allen*, c'est-à-dire *tous*) indique une copropriété de plusieurs, et il affirme que la copropriété des communes modernes sur le patrimoine commun est historiquement et intimement liée à un Gesammteigenthum originaire. (Cf. *Zürisch. Rechtsgesch*, I, p. 78, II, p. 54.) Giercke suit ce principe et fait de la Markgenossenschaft « *eine Gesammtheit, welche Einheit und Vielheit zugleich war* » *Deutsch. Genossenschaftsrecht*, II, p. 273. — *Deutsch. Privatr.*, p. 576 et suiv. — Cf. E. Huber : *Schweiz. Privatr.*, I, 56.

Hasse et la plupart des romanistes au contraire ne voient dans cette situation qu'un simple droit de copropriété.

Nous retrouvons les mêmes divergences lorsqu'il s'agit d'établir la nature juridique des droits d'usage qui appartiennent aux individus sur les Allmend : en vertu de l'idée de personne juridique il n'y a là

droit germanique, à l'origine, ne connaît pas l'idée abstraite de l'individu, de la personne isolée ; c'étaient des associations, des groupes d'hommes qui en fait étaient les seuls sujets de droits ; la sphère individuelle se confondait dans la sphère de la communauté. Entre la propriété foncière et la situation sociale de l'individu s'établit un intime courant d'identité ; la proprieté collective du sol et le principe de l'association des individus s'expliquent l'un par l'autre (1).

De même que la propriété romaine et la propriété germanique s'opposaient profondément l'une à l'autre, de même en face de la conception de la famille romaine il faut distinguer les principes de la famille germanique sur laquelle repose tout l'édifice social de cette époque : la famille est le point de départ, dans le droit germanique, de la plupart de ses constructions.

Nous avons vu que la Mark se basait, dans sa constitution territoriale sur un ensemble de Hufe ; chacune de ces dernières était une entité économique et juridique, qui trouvait son complément dans son union avec les autres Hufe, dont l'ensemble formait la Mark, de sorte que la Hufe se trouvait placée comme un membre de la communauté dans celle-ci (2).

A la Hufe correspondait, dans la communauté des mem-

pour les uns qu'un *jus in re aliena* (Cf. Beseler : *System*, § 83. Gerber ; *Deutsch. Privatr*, § 51). Au contraire, d'autres soutiennent qu'il y a un véritable Gesammteigenthum (Eichhorn : *Deutsch Privatr.*, § 168. — Beseler dans certains cas exceptionnels : *System.*, § 93. — Heusler aussi dans certaines situations : *Zeitsch. f. schweiz, Recht*, p. 103 et *Inst.* I, p. 273. Giercke : op. cit., II. p. 170, p. 175 et suiv., p. 177, p. 229 et suiv. et surtout p. 325 et suiv. Cf. cependant *contra* Giercke : op. cit., I, p. 664. *Deutsch. Privatr.*, p. 576 et suiv). Enfin le Miteigenthum romain est soutenu par Brinz ; *Lehrbuch*, t I, p. 1031. — Dunker : *Das Gesammteigenthum*, p. 155. Cf. Thevenin : op. cit., p. 235. — Laveleye : op. cit., p. 146. — Garsonnet : op. cit., p. 41. — Von Miaskowski : op. cit., p. 5 et 6.

(1) Cf. Giercke : *Deutsch. Genossenschaftsrecht*, II, p. 38.

(2) Cf. Giercke : *Zeitsch. f. Rechtsgesch*, 1876, t. XII, p. 469. Cf. *supra*, p. 339.

bres de la Markgenossenschaft, une autre entité juridique, la communauté restreinte de la Haus, de la famille ; chaque Hufe appartenait à une famille, et l'ensemble de ces familles formait la Hausgenossenschaf, comme l'ensemble des Hufen composait le territoire de la Mark.

La famille est donc ici le fondement de l'association plus étendue des membres de la Markgenossenschaft, comme elle l'est d'ailleurs de toutes les formes d'association du droit germanique ; et il est vraisemblable que la conception germanique de la famille a été l'origine de la propriété collective du sol, et ce n'est que plus tard que l'on constate un résultat inverse.

La famille germanique n'est pas seulement la totalité d'un certain degré de parenté ; elle représente une unité réelle, car elle comprend tous les membres qui se trouvent effectivement faire partie de la communauté que forme le groupe familial ; c'est pourquoi elle s'étend aux valets, aux servantes et aux guerriers (1). Le groupe familial forme une association durable, à laquelle appartient un patrimoine propre, et que dirige une autorité supérieure : c'est dans ces deux points que se rencontrent les différences très frappantes avec la conception romaine de la famille.

La famille germanique se trouvait dirigée par l'autorité du père, qui en était à la fois le chef et le protecteur ; ce pouvoir domestique, auquel étaient soumis tous ceux qui vivaient dans la maison, ne s'étendait pas seulement sur la personne des membres ; le Hausherr avait voix prépondérante dans l'administration et le mode d'exploitation du bien de famille. Ce dernier fut constitué à l'origine par le lot obtenu au sort au moment du partage des terres, et devenu peu à peu propriété héréditaire (2) ; c'était l'alode, la terra aviatica, source de tout patrimoine du ménage et de la

(1) Giercke : op. cit., p. 481. *Deutsch. Genossenschaftsrecht*, I, p. 22. — E. Huber : *Schweiz. Privatr.*, IV, § 103. — Beseler : *System.*, II, § 132. — Bluntschli : *Deutsch. Privatr.*, § 191.

(2) Cf. *supra*, chap. IV, p. 342.

famille (1). Le « Hausvermœgen » était la base naturelle sur laquelle reposait la famille, la « Haus ».

Dans cette situation patrimoniale il ne faut pas encore parler d'un véritable Gesammteigenthum et d'une propriété commune des membres de la famille à laquelle le bien appartenait. Quoique la question soit discutée (2) la plupart des auteurs admettent qu'il n'y avait là, non pas Gesammte Hand, mais seulement « Einhand » du père de famille, qui en fait avait sur ce bien les plus grands pouvoirs (3).

Mais cependant il ne faudrait pas dire que le père de famille fût propriétaire au sens où la législation romaine concevait les droits du pater-familias. Les membres de la famille germanique soumis à l'autorité et à la protection de leur chef avaient un droit effectif à ce que ce patrimoine familial fût conservé dans l'intérêt de la famille et ne fût pas partagé. Le patrimoine appartenait en réalité à la famille seule ; c'est pourquoi dès que le Hausherr voulait prendre une disposition qui pouvait compromettre la propriété du groupe familial, son pouvoir s'arrêtait et il se trouvait lié au consentement de tous les membres de la communauté (4). Et de cette situation étaient nées une série de règles propres au droit germanique et que nous avons déjà mentionnées souvent, telles que l'absence du testament chez les Germains, le Widerspruchsrecht des héritiers, l'exclusion des femmes de la succession à ce bien (5). Toutes ces mesures découlaient de l'idée d'impartageabilité du bien de famille qui était une suite nécessaire de la société familiale ; car la Hufe don-

(1) Cf. Frommhold : *Grundeigenthum und Erbfolge in den Volksrechte*, dans *Giercke's Untersuchungen*, t. XXXIII, p. 8.

(2) Cf. *supra*, chap. I, pp 12 et suiv.

(3) Giercke : *Zeitsch. f. Rechtsgesch*, 1876, t. XIII, p. 484. — E. Huber : *Schweih. Privatr.*, IV, § 121. — Max Huber : *Die Gemeinderschaften der Schweiz*, p. 4.

(4) Cf. Verdelot : op. cit., p. 28.

(5) Cf. *supra.*, chap. I, pp. 14 ; chap. II, p. 118 ; chap. III, p. 254 et suiv.

nait à la Haus son état et son influence, et devait pour cela autant que possible être conservée intacte, but auquel tendaient les règles dont nous venons de parler (1).

Ce groupe familial, cette « Haus », dans sa conception primitive tendit à se désorganiser vers le milieu du moyen-âge, autant grâce au développement de la puissance publique qu'en vertu de l'indépendance vers laquelle tendent de plus en plus les individus qui forment la Haus.

C'est cette dernière raison qui est la plus importante. Mais dans le travail de dislocation qui s'opère, l'unité patrimoniale de la Haus se conserve toujours, au moins fictivement ; seulement le chef de cette unité n'est plus le père seul ; le sujet est représenté maintenant ou bien par le mari et la femme dans leur union, ou bien par l'époux survivant et les enfants, ou bien par les frères restés dans l'indivision à la mort du père. L' « *Alleinherrschaft* » du père s'est transformé en « *Gemeinderschaft* », et les membres en communauté sont devenus « *Gesammteigenthümer* » du Hausvermœgen (2).

Dans cette nouvelle forme du sujet et dans sa situation par rapport au patrimoine commun, tout le monde est d'accord pour reconnaître qu'il y a une véritable situation de Gesammte Hand (3).

Nous avons à envisager ici seulement une des formes principales de ces Gemeinderschaften, la communauté qui se formait à la mort du père entre les cohéritiers laissant le patrimoine familial dans l'indivision, et qui, sous diverses modifications, s'est conservé en Allemagne et en Suisse jusqu'à nos jours.

Le Hausvermœgen placé dans la main du père de famille avait été la base de ces associations postérieures, et leur première forme avait été la communauté continuée à la mort

(1) Cf. Frommhold : *Die Rechtliche Natur des Anerbenrechts*, p. 9.

(2) Max Huber : op. cit., p. 6. — E. Huber : op. cit., IV, § 121.

(3) Cf. Giercke : *Z. f. Rechtsgesch*, 1876, t. XII, p. 485.

du père de famille par les cohéritiers qui trouvaient dans l'indivision du patrimoine rural, dans son exploitation collective, et dans une vie commune de précieux avantages pour l'agriculture. Ce nouveau groupe familial est construit sur le modèle de l'ancienne communauté de famille, et se compose en général des successibles ayant des droits égaux sur le patrimoine laissé par le défunt; mais c'étaient tous ces membres qui maintenant se trouvaient à la tête de la famille. Cependant en général l'un d'eux, ordinairement le plus âgé, prenait place au-dessus de cette communauté, non plus dans la situation d'un père de famille, mais comme représentant de la communauté zu Gesammter Hand, à laquelle appartient la propriété du patrimoine (1).

Cette communauté de famille entre cohéritiers se rencontre dans les monuments les plus anciens du droit germanique; les Volksrechte semblent en parler comme d'une institution généralement connue à cette époque. L'édit de Rotharis nous parle de « fratres qui post mortem patris in casa commune remanserint ». Dans la loi des Burgondes (2), on voit l'individu tendant à se faire une place personnelle, à se dégager du groupe familial; le Beispruchsrecht des héritiers ne peut plus porter que sur la « terra sortis titulo acquisita », c'est-à-dire sur le lot attribué à chaque Burgonde à l'époque de l'établissement. La loi des Bavarois nous montre aussi une semblable communauté; le capitulaire de 818 dans sa dernière partie insiste particulièrement sur cette idée de l'impartageabilité du bien de famille. Enfin dans toutes les sources de l'époque franque on est frappé par la multitude de ces communautés que l'on rencontre à chaque page (3).

(1) Cf *supra*, chap. I, pp. 57 et ss. — Gierckc : op. cit., p. 484. — Heusler : *Inst*, I, §§ 51, 181, 154. — Frommhold : *Grundeigenth. und Erbfolge in den Volksrechte*, III, p. 18.

(2) T. I, §§ 1 et 2.

(3) Cf. *Sources de l'Abbaye de Saint-Gall*, nos 199, 336, 403, 439, 244, etc. — Cf. Max Huber : op. cit., p. 7. — Heusler : *Inst*, I, p. 229. — Stobbe : *Handbuch* I, p. 459. — Verdelot : op. cit., p. 21.

§ II. — Ces communautés de famille du droit germanique se rencontrent en Allemagne depuis les origines du droit de ce pays, et on peut suivre leur développement à travers les siècles jusqu'à nos jours.

A la mort du père de famille, en général, d'après le principe du droit germanique, la famille ne se dissolvait pas; les fils continuaient à n'avoir qu'un seul ménage et restaient dans l'indivision quant aux biens qu'ils avaient recueillis. Peu à peu cet usage de conserver l'unité patrimoniale par la vie en commun s'étendit, et l'on vit alors non seulement des frères, mais aussi d'autres parents maintenir le patrimoine recueilli dans son intégralité, sans le partager, et en avoir la jouissance commune (1).

Dans les sources alamanes et bavaroises on trouve pour ces communautés les noms de « *Zusammentheilungen* » ou de « *Gemeinderschaften* » ; dans le droit Burgonde on trouve les termes « *indivisions* » ou « *raffrarachments* », ce qui nous indique que le cas normal de cette institution était celui d'une communauté de frères après la mort du père. On trouve aussi fréquemment employées les expressions allemandes de « *Gemeinschaften* » ou de « *Ganerbschaften* » (2).

Les membres de cette communauté s'appellent généralement, « *consortes*, *Ganerben*, *Gemeiner*, *Genossen ou coheredes*. » (3)

(1) Stobbe : *Miteig. und. Ges. Hand.* dans *Zeitsch f. Rechtsgesch*, t. IV, n° 7. — Verdelot : p. 23. — Il ne semble pas cependant que le cercle des communautés ait dépassé la sphère des collatéraux du premier degré.

(2) Cf. Giercke : *Deutsch. Privatr.*, p. 664. — Laveleye : *La Propriété et ses formes primitives*, chap. 21. — Heusler : *Inst.*, I, p. 230. — Verdelot : op. cit., p. 26.

(3) Le mot *coheredes* désigne des gens vivant en communauté et non des succesibles au sens de copropriétaires romains; il peut se traduire par le mot « *compaing* » ou « *compagnon* » et se rapporte à la conception de la copropriété germanique; et Heusler en conclut que partout ou on rencontre ce mot « *coheredes* » il faut affirmer que

Pendant tout le cours du moyen-âge on rencontre ces communautés dans toute l'Allemagne en pleine force, surtout parmi les populations rurales; c'est d'ailleurs dans cette classe sociale qu'elles se sont le mieux conservées jusqu'à nos jours.

Dans les communautés qui se formaient entre paysans, l'habitation commune et la communauté de vie et de ménage, étaient non seulement l'usage, mais elle constituait la condition essentielle qui présidait à la formation et à la conservation de la Gemeinderschaft : c'est pourquoi de nombreuses sources, pour désigner ces communautés, emploient une circonlocution et disent que les communistes ou « Gesammthænder » ont un ménage commun, « *ein Brod., einen Rauchfang* » (1).

A l'origine, cette condition était tellement importante que l'unité familiale (Familienzusammenbehœrigkeit) ne survivait pas à la séparation et au partage; lorsqu'un membre allait vivre en dehors de la demeure commune, la communauté était dissoute. Mais peu à peu le principe faiblit, et l'on finit par supprimer la nécessité d'une communauté de vie pour s'en tenir, en considérant simplement l'unité patrimoniale, au droit indivis de tous les communistes.

Cette modification postérieure de la règle primitive prit naissance dans les Ganerbschaften qui se formaient entre nobles. Il ne semble pas que celles-ci aient tout d'abord fait exception au principe de l'habitation et du ménage en commun; mais il est certain que la règle contraire y fut admise de bonne heure. La classe des nobles, dont chacun voulait représenter sa propre maison, s'accommodait mal de l'économie paysanne qui, en vue de l'épargne, se confine dans une seule habitation et vit à une même table. C'est pourquoi

l'on se trouve en présence d'une communauté zu Gesammter Hand. — Heusler : *Inst.*, I, p. 230. — Stobbe : op. cit., n° 5. — Verdelot : op. cit., p. 27. — Cf. *supra*, chap. I, p. 17 et note 2.

(1) Stobbe : *Zeitsch. f. Rechtsgesch.*, t. IV, n° 7. — *Handbuch*, t. II, p. 71. — Laveleye : op. cit., chap. 21. — Heusler : *Inst.*, I, p. 231.

tandis que sur le sol paysan on ne rencontre en général pour un même domaine qu'une seule habitation, les terres seigneuriales sont couvertes de nombreux châteaux (1). C'est pourquoi aussi nous avons déjà pu constater (2) qu'on était arrivé rapidement dans cette classe à abolir la nécessité primitive, tout en conservant le principe de l'unité de la Gesammte Hand, par le moyen des « Mutschierungen » ou simples partages de jouissance, laissant intacte l'intégralité du patrimoine, qui apparaît toujours, à l'extérieur, comme une unité juridique.

Au contact de cet exemple, dans les autres classes sociales on se relâcha aussi de l'exigence sévère d'une vie commune, tout en conservant les principes de la Gesammt Hand pour régler la situation des membres de la communauté.

C'est ainsi que dans ces Gemeinderschaften on retrouve une règle essentielle de notre théorie. Aucun des communistes ne peut disposer seul soit du tout, soit d'une quote-part du patrimoine commun ; les Gesammthænder, dans leur ensemble, peuvent seuls disposer de ce bien (3). Ils agissent alors « simul una, ou pariter, pari sensu, pari ou communi consilio, communi ou conjuncta ou pari manu, in solidum, to samene ». Cette règle de l'action mit Gesammter Hand ne s'applique en général qu'aux actes les plus importants de la vie commune et spécialement aux aliénations d'immeubles. Les actes d'administration, et le droit même de disposer des meubles, incombent en général dans ces communautés à un représentant, qui est ordinairement le plus âgé des membres (4).

Ce principe qui ne se distingue guère des règles de la copropriété romaine lorsqu'il s'agit de disposer de l'ensemble du patrimoine, ou d'un objet particulier compris dans ce

(1) Cf. Heusler : *Inst.*, I, p. 231.

(2) Cf. *supra*, chap. I, p. 21, chap. III, p 273.

(3) Cf. Heusler : *Inst.*, I, § 52.

(4) Cf. Heussler : *Inst.*, I, p. 230. — Stobbe : *Zeitsch. f. Rechtsgesch*, t. IV, n° 5. — Cf. *supra*, chap. I, pp. 57 et ss.

dernier, devient très caractéristique lorsqu'un des Gemeinder veut disposer de sa quote-part ; il ne peut sans le consentement de tous les autres céder son droit à un étranger ; et les autres membres, s'ils n'ont pas été consultés, ne sont pas tenus de respecter cette aliénation et de recevoir l'acquéreur dans la communauté (1).

Cette dépendance des communistes les uns des autres pour les actes extérieurs n'est qu'une résultante de l'intime communauté interne du patrimoine. Ce dernier appartient à tous les membres « *ingesammt* » sans distinction d'une quote-part appartenant à chacun d'eux dans cette masse. C'est pourquoi les Gemeinder se trouvent « *auf gemeinsamen Gedeih und Verderb*, c'est-à-dire que les bénéfices et les pertes de l'association sont supportés par tous les membres sans distinction de quote-part quelconque. On ne tient aucun compte du travail plus fructueux de l'un d'eux ou au contraire de la consommation plus grande qu'il fait des produits du patrimoine commun. Les bénéfices rapportés par l'industrie d'un seul des communistes profitent à tous les membres ; de même le dommage qu'il ferait subir au bien commun les atteint tous. Et le droit à l'usage de ce bien n'est, de même, pas attribué à chaque membre d'après un rapport déterminé ; chaque communiste prend ce dont il a besoin, tandis que ses dettes sont à la charge du patrimoine commun (2).

Ce véritable communisme est un des caractères principaux de ces Ganerbschaften, qui se déduisaient, surtout

(1) Cf. Stobbe : op. cit., p. 333.

(2) Il y avait, dans ce pouvoir accordé à chaque membre d'endetter sans limites le Gesammtvermœgen, un véritable danger pour ces Gemeinschaften. Aussi chercha-t-on, par un moyen qui se rapproche du Miteigenthum romain, à le prévenir : chaque communiste n'eut plus le droit de contracter des dettes à la charge de la communauté que jusqu'à concurrence du montant de la quote, non pas qu'il possède pondant la durée de l'indivision (puisqu'il ne saurait y en avoir), mais de celle qui serait révélée par le partage. — Cf. Heusler : *Inst.*, I, p. 247. — Stobbe : op. cit., p. 230 et suiv.

parmi les classes paysannes, de la coutume de n'avoir qu'une seule demeure et une seule table ; et il est la preuve évidente que la propriété du Gesammtvermœgen n'était pas conçu d'après le principe de la co-propriété par quotes-parts du droit romain, Ces quotes-parts, inexistantes pendant toute la durée de l'indivision, ne se révélaient en effet qu'au partage.

Cette absence d'une part évaluable pendant la durée de la communauté n'excluait point en effet la faculté, pour chaque communiste, de demander le partage; chacun avait le droit de dissoudre l'association, et l'impartageabilité du patrimoine commun n'était point de l'essence de ces sortes de communautés (1).

Lorsqu'un partage intervenait, chaque Ganerbe retirait d'abord les biens propres qu'il pouvait effectivement posséder. Le bien commun se partageait ensuite par têtes ; mais la part de chaque membre se trouvait diminuée des récompenses qu'il pouvait devoir à la communauté pour des dépenses qu'il lui avait occasionnées et qui lui étaient particulières (2). Après le partage, si les membres, à l'exception d'un ou de plusieurs, restent en communauté, celui ou ceux qui ont retiré leur part, ne peuvent plus prétendre à rien sur le bien qui est demeuré commun.

L'absence de toute quote-part déterminée au profit de chacun des Ganerben se révèle encore à la mort d'un des communistes. Ce décès ne dissout pas la communauté; lorsque le défunt

(1) Cf. *supra*, chap. I. p. 64 Heusler : *Inst* , I, p. 239.

(2) Ainsi quand une femme mariée en dehors de la communauté de ses frères, devient veuve et rentre de nouveau dans son ancienne Ganerbschaft, on déduit sur sa part le montant de la somme que la communauté a dû payer pour racheter à la famille du mari le mundium que celui ci avait sur sa femme Cf. Stobbe : op. cit., pp. 239 et 236 — Ce système des récompenses confirme ce que nous disions dans le chapitre précédent sur l'absence d'une quote-part déterminée dans la communauté entre époux du droit français, même depuis l'introduction de la théorie des récompenses. Cf. *supra*, chap III, p. 325. — Cf. Heusler : *Inst* , I, p. 244.

laisse des enfants, la plupart des sources établissent comme règle que ces descendants prennent dans la communauté la place qu'occupait leur père ; chacun d'eux alors aura dans la Ganerbschaft les mêmes droits que tout autre communiste ; ce qui prouve bien que ces descendants ne recueillent pas une part arithmétique du bien commun, car, dans ce cas, le droit de chacun d'eux dans la communauté devrait logiquement se trouver limité à une fraction déterminée de cette part. Si l'on considère bien ce droit accordé aux enfants de prendre dans la communauté la place de leur père, et si l'on remarque qu'en réalité le cercle de la Gesammte Hand ne s'agrandit pas, puisque les enfants se trouvaient déjà, en fait, prendre part à la Gemeinsderchaft par l'intermédiaire de leur ascendant, sans cependant avoir un droit propre à l'usage du bien commun, on aboutit à cette conclusion qu'il n'y a en somme, à la mort d'un des communistes, qu'un simple changement dans le sujet. Et ce changement même n'apparaît pas à l'extérieur, puisqu'à l'extérieur le sujet de la Gesammte Hand ne constitue qu'une unité (4).

Mais ce principe de la Gesammte Hand est encore plus frappant, lorsque le communiste décédé ne laisse aucun descendant. Il ne s'ouvre alors point de succession à ce droit indéterminé ; en vertu d'une règle spéciale à la co-propriété en main commune, qui résulte de l'absence de quote-part, et qui prouve que l'on est en face d'une situation opposée à la co-propriété romaine toutes les fois qu'on la rencontre, il y a simplement *accroissement* en faveur des communistes survivants. Le bien reste toujours commun ; le droit des survivants s'agrandit seulement à mesure que leur nombre diminue. Il n'y a pas là un droit de succession ; s'il en était ainsi, la quote-part du défunt devrait être distraite de la masse commune et partagée entre ses plus proches héritiers. Un droit véritable de succession ne s'ouvre que lorsque le der-

(4) Cf. Stobbe : op. cit., pp. 236 et suiv., p. 242.

nier Gesammthænder est mort, et qu'il n'y a plus dans la communauté de recueillants (1).

Les caractères de ces communautés paysannes ou nobles se retrouvent parmi la bourgeoisie des villes ; mais ici la Ganerbschaft s'est peu développée, et c'est surtout dans deux autres formes semblables, la communauté entre époux, et la communauté continuée entre le survivant et les enfants, que ce principe s'est plus particulièrement développé (2).

Mais les principes de ces Ganerbschaften se rencontrent très fréquemment dans la forme féodale de l'investiture collective des vasseaux à un fief ou à une tenure paysanne.

Les tenanciers acquéraient dans leur ensemble et indivisément le droit que leur accordait le seigneur féodal. Et d'après l'intention de celui-ci, les vassaux devaient, eux et leurs descendants, former une intime communauté avec habitation et ménage communs. Cette situation avait pour résultat d'établir au profit des investis le principe d'accroissement propre à toute communauté zu Gesammter Hand ; les divers vassaux dans leur ensemble apparaissent en face du seigneur comme une seule personne représentée par un vassal qui est appelé « *Lehnstræger* » ou « *provasallus* » ; à l'égard du seigneur, le fief est indivis, de sorte qu'à la mort de l'un des vassaux sans descendants, la part du défunt accroît aux autres et ne retourne pas au seigneur. S'il y avait séparation des membres et partage, ce droit d'accroissement cessait et à la mort de l'un des vassaux le fief revenait au seigneur.

Cependant peu à peu, cette communauté d'abord effective, devint une simple fiction ; à partir du XIVe siècle le partage du fief put s'effectuer entre les divers vassaux sans porter atteinte au droit d'accroissement ; un seul parmi les tenanciers conservait la véritable jouissance de la concession ; la Gesammtbelehnung des vassaux n'avait plus pour objet que le maintien pour ceux-ci de l'ancien droit d'accrois-

(1) Cf. Stobbe : op. cit., p. 238. — Heusler : *Inst.*, pp. 231 et 244.
(2) Cf. Heusler : *Inst.*, I, p. 233.

sement ; et à la sévère investiture collective primitive avait succédé la forme plus adoucie de la Belehnung zu Gesammter Hand.

Dans les « *Bauergüter* » on trouve une situation juridiqué semblable. Plusieurs paysans qui reçoivent en commun du seigneur une terre pour la cultiver, constituent dans leur ensemble une unité qui est tenue envers le seigneur du paiement du cens. Ces communistes choisissent, et le seigneur pouvait exiger qu'ils le fissent, un chef, chargé de répartir le cens entre eux, de le porter et de le payer au seigneur.

En vertu du même droit d'accroissement et en raison de l'unité de personnes, lorsque l'un des paysans mourait, contrairement au principe féodal qui exigeait dans ce cas de l'héritier le paiement d'un droit de succession au seigneur, cette redevance n'était pas exigible tant que durait la communauté. Et ce droit d'accroissement fut une des causes principales de la solide conservation en Allemagne du principe du Gesammteigenthum (1).

Ces Ganerbschaften qui avaient joui d'une si grande prospérité pendant toute la durée du moyen-âge, se sont maintenues pendant longtemps en Allemagne et jusqu'à nos jours. Mais elles y ont à l'heure actuelle une importance beaucoup moins grande, et, même dans la classe paysanne, elles ont presque entièrement disparu. On en rencontre cependant encore des vestiges sensibles dans la Bavière, la vallée du Danube, le Palatinat et la région rhénane (2).

Le B. G. B. lui-même ne connait plus la véritable institution ; Giercke (3) avait déjà fait remarquer, pour le second

(1) Cf. Stobbe : op. cit., pp. 24 et suiv. — Gerber, *Deutsch. Privatr.*, § 116. — Verdelot : op. cit., pp. 38 et suiv.

(2) Cf. Max Huber : op. cit., p. 8. — Stobbe : *Hanbuch*, II, § 82. — Blondel : op. cit., 1re partie, chap. II et III. — Garsonnet, op. cit., p. 532.

(3) *Personengemeinsch. und Vermægensinbegriffe* dans *Bekker's u. Fischer's Beitrage*, p. 83.

projet que la possibilité d'établir conventionnellement une Gemeinsderschaft se trouvait exclue, et il en est encore de même du B. G. B. (1). Mais la communauté entre cohéritiers y est toutefois mieux organisée. Chaque héritier a le droit de demander le partage du patrimoine, mais d'après l'art. 2044, le défunt peut par testament reculer l'époque de ce partage pendant un délai qui ne peut excéder 30 ans (2) ; et, par convention, les cohéritiers peuvent même exclure cette action en partage pour un temps illimité (3). Mais il n'y a cependant pas dans ces exceptions une véritable Gemeinsderchaft. Car d'une part, malgré ces clauses conventionnelles ou testamentaires, chaque cohéritier ou même ses créanciers peuvent encore demander le partage pour certaines raisons péremptoires (art. 749^2, 751, 2044) ; et d'autre part, cette communauté de cohéritiers ne comprend que le patrimoine de la succession; les acquêts postérieurs n'en font pas partie.

§ III.— C'est en Suisse que l'on rencontre, même à l'époque actuelle, des restes considérables de ces Gemeinderschaften dans leur véritable forme ancienne. Et leur origine est la même; à la mort du père de famille les successibles restaient en communauté, et c'est là encore la source la plus fréquente aujourd'hui de leur naissance. Ces sociétés familiales étaient, dans les siècles précédents, une institution absolument générale en Suisse. Et de nos jours, dans les régions rurales, elles ne semblent avoir disparu nulle part. Mais le fait n'est établi avec certitude que pour les cantons de Valais, de Bâle campagne, de Lucerne, de Schaffouse, de Schwitz, de Fribourg, de Zurich, de Vaud et de Neufchâtel. Pour le canton de Tessin, il est vraisemblable qu'une décision de Lugano, de 1871, a aboli l'institution.

(1) Cohn : *Zeitschr. für vergleichende Rechtswissenschaft*, t. XIII, p. 115. — Planck : *B. G. B.* § 310, t. II, p. 83. — Endemann : *Einführung*, III, p. 430, cf. *supra*, chap. I, p. 83.

(2) Motive : V, p. 688.

(3) Cf. Barre : *Le C. C. Allemand et le C. C français*, p. 114.

Ces communautés peuvent naître du fait même de l'indivision ou bien par convention (1). L'indivision n'a lieu en général qu'entre « *gleichberechtigte* », c'est-à-dire entre personnes ayant des droits égaux au patrimoine commun (2) et à l'origine ces communautés se formaient principalement entre « *geschwister* », c'est-à-dire entre frères; cependant on les rencontrait au moyen-âge composées d'oncles, de neveux, de cousins et même quelquefois de parents plus éloignés encore; mais les lois nouvelles tendent en général à les restreindre à cette première classe de personnes et à revenir à la forme originaire (3).

Ces personnes unies entre elles par un lien de communauté, s'appellent *coheredes*, *consortes*, *comparticipes*, ou encore *Gemeinder* (4), *Gemainter*, *unvertheilte*, et dans les sources écrites en français, on trouve les expressions de *condiviseurs*, *entronqués* ou *intronqués* (5).

Et les communautés ainsi constituées sont désignées par les

(1) Elles peuvent exister de fait dans presque tous les droits. Cf. *Code de Fribourg*, art. 1089 : « l'indivision s'établit par le fait même de la possession et jouissance en communauté, avant tout partage, des biens. » Le C. C. du canton de Vaud et celui du canton de Neufchâtel n'exigent pas d'écrit spécial. Dans le canton de Zurich, au contraire, la communauté ne peut jamais exister de fait; l'art. 555 du *Privatrechtl Gesetzb.* exige, pour sa validité, même un acte notarié. — Cf. M. Huber : op. cit., § 6. — Cohn : op. cit., § 4.

(2) Ce qui l'exclut entre les enfants et leurs parents. — Cf. Max Huber : op. cit., § 7.

(3) Canton de Schwytz : elle n'a lieu qu'entre *geschwister;* idem Schaffouse art. 1297. — Canton de Zurich : *Privatrech. Gesetzb.*, 1850, art. 554 ; ce n'est qu'à titre d'exception qu'elle peut exister entre les enfants des frères prédécédés. Le *Code de Fribourg*, au contraire, autorise sa formation entre descendants même plus éloignés. — Cf. Cohn : op. cit., § 4. — Max Huber : op. cit., pp. 17 et 28. — Les filles et les sœurs sont en général sans droits sur le patrimoine commun, de même que dans le droit germanique elles étaient exclues de la succession au Hausvermœgen. — Cf. Cohn : op. cit., §§ 1 et ss. — Max Huber : op. cit., pp. 18 et 28. — E. Huber : *Schweiz. Privatr.*, III, p. 759, IV, § 121.

(4) Cf. *Zurich. Privatr. Gesetzb.*, 1850, art. 553.

(5) Cf. Max Huber : op. cit., p. 7.

noms de *Gemeinderschaft* (1), *Zusammentheilung*, *Zusammenstoss*, *Verbrüderung*, *raffrarachement* (2); les législations écrites en français emploient les expressions « *indivision* (3), *communauté de biens*, *hoirie* » qui ne sont pas antérieurs au XVIe siècle, tandis que dans les textes plus anciens on trouve les circonlocutions « *être ensemble qu'ils ne sont partis* » « *en pain, sel et conduite* ». D'ailleurs dans les vieilles sources en allemand on trouve aussi ces expressions « *Theil und Gemein mit einander haben* » « *bein einander sein* » « *in einem Haus sein* » « *Muss und Brod mit einander haushalten* » « *eines Muoss und Brodts seindt und unter ein Tach zuo Hauss seindt* » « *in einem Muoss und Brott* » « *in einem Hus und in einer Cost ungetheilt* » « *zu einem Scheffel Rauch und Brod* » (4).

Les expressions que nous venons de relever expriment la condition, essentielle à l'origine, qui présidait à la formation de ces communautés : les Gemeinder devaient habiter en commun et n'avoir qu'un seul ménage. Et cette condition était tellement nécessaire que l'on disait : « *le feu et le pain partent l'homme*, » c'est-à-dire que l'association des personnes dominait à tel point qu'un communiste ne pouvait s'en libérer sans rompre la communauté, et que celle-ci cessait avec l'habitation séparée. Cependant, comme en Allemagne, cette règle changea; peu à peu la rupture de la communauté par la seule absence prolongée d'un des commu-

(1) Cf. Zurich : op. cit., art. 553.

(2) Ces deux derniers termes, par leur étymologie, indiquent bien que ces communautés sont surtout des indivisions entre frères.

(3) Dans le Code de Fribourg. Celui-ci est très important à noter, car ses principes sont des inspirations du pur droit français. Nos communautés y sont placées dans le titre des successions et portent le nom d' « *indivisions* » tandis que les membres s'appellent « *indivis* ».

Les Codes des cantons de Vaud et de Neufchatel ont la même importance, et pour la même raison; mais dans ceux-ci, ces communautés, qui s'appellent « *indivisions* » aussi et dont les membres sont des « *indivis*, *copropriétaires*, *co-intéressés* », sont placées au titre des obligations.

(4) Cf. Cohn : op. cit., p. 40. — Max Huber : op. cit., p. 21.

nistes parut une chose inique; on maintint d'abord la Gemeinderschaft lorsque par exemple un des indivis contractait un engagement dans les armées (ce qui était un cas fréquent en Suisse), et de là à conserver la communauté, même dans le cas où la demeure séparée était le fait, il n'y eut qu'un pas; aussi, dans la Suisse occidentale surtout, on trouve de nombreuses « *communautés à deux ménages et à deux pains distincts* »; mais juridiquement il n'y a toujours qu'un seul ménage, alors même qu'en fait il en existe plusieurs; l'unité de la Gesammte Hand est toujours conservée (1).

Cette communauté de la vie journalière entraînait et entraîne encore comme conséquence une propriété des associés sur le patrimoine commun dans la forme du Miteigenthum zu Gesammter Hand. Le Gesammtvermœgen est une masse indivise qui, à part quelques exceptions, comprend tous les biens laissés par le défunt. En général, et surtout à l'époque du moyen-âge, cette masse comprend la totalité des patrimoines des associés, sans qu'il soit permis d'avoir des propres; cependant cette dernière exception se rencontre fréquemment, et dans ce cas la jouissance de ces propres appartient à la communauté; les acquêts postérieurs à la formation de la Gemeinderschaft sont compris aussi dans la masse commune. Celle-ci constitue une unité juridique (Einheit) (2) qui appartient à tous les membres, sans que l'on distingue dans cette propriété collective une quote-part déterminée appartenant en propre à chacun d'eux. Le Code de Zurich s'exprime très clairement dans ce sens; l'art. 560 dit en effet que la propriété de cette masse est, « solange die Gemeinderschaft dauert, nicht in Theile zerlegt und ohne

(1) Cf. Cohn : op. cit., p. 48. — M. Huber : op. cit., p. 21. Dans la législation moderne, dans le Code de Zurich de 1830, le fait d'avoir un ménage commun est d'usage sans être également exigé. Il en est de même du Code de Fribourg, dans lequel l'habitation commune n'est pas non plus une condition essentielle de la communauté.

(2) Cf. M. Huber : op. cit., p. 44.

Unterscheidung ideeller Theile von den Gemeindern ausgeübt » (1).

Les quotes-parts n'existent juridiquement et ne sont révélées que par l'effet d'un partage (2); jusque-là elles sommeillent, sans exister réellement (3). C'est pourquoi, tant que dure l'indivision, un des communistes ne peut disposer de cette quote-part. C'est en vertu de cette absence de tout droit déterminé que la jouissance du fonds social appartient à tous les communistes sans proportions limitativement établies ; chacun a le droit d'y prendre de quoi satisfaire à ses besoins ; peu importe que le travail de l'un soit plus productif que celui de l'autre ; en vertu de l'intime association familiale les gains et les pertes sont communs : « *sie sitzen auf Gedeih und verderb zusammen* »; les profits réalisés par l'un des communistes sont acquis à tous, comme tous doivent subir les pertes qui proviennent du fait de l'un d'entre eux (4).

(1) La révision elle-même de ce Code, entreprise par le professeur Schneider, adversaire de l'idée du Gesammteigenthum (Cf. *supra*, chap. I, p. 29, note 4) n'a pas touché à ce principe ; l'art. 560 exprime toujours cette idée que l'un des communistes ne peut ni aliéner ni hypothéquer sa part du patrimoine commun. L'art. 553 nous donne aussi une idée précise du véritable caractère de ces communautés : « eine Gemeinderschaft (Zuzammentheilung) entsteht, wenn zwei oder mehrere Geschwister ihr ganzes Vermœgen oder mindestens das ganze bewegliche Gut zusammenthun in der Absischt Gewinn und Verlust, Glück und Unglück, zusammen zu theilen um eine Vermœgensgemeinschaft zu haben. »

(2) L'action en partage, exclue à l'origine, est pleinement admise, par suite d'une évolution semblable à celle qui s'est produite en Allemagne. Dans la législation du canton de Zurich, si aucun des communistes ne peut se retirer arbitrairement, il peut néanmoins demander la dissolution pour fautes graves. Dans les cantons de Vaud et de Neufchatel le partage peut être provoqué à toute époque. Cf. Cohn : op. cit , § 4.

(3) M. Huber : op. cit., p. 44. — Cohn : op. cit , § 1.

(4) Ces principes se rencontrent encore aujourd'hui dans le Code du canton de Fribourg : « Les indivis qui vivent ensemble dans le ménage de l'indivision, doivent contribuer selon leurs moyens à sa prospérité ; l'indivision pourvoit en échange à tous leurs besoins. » dit

Cette masse indivise commune et sans quotes-parts est dirigée en principe au moyen de l'action commune des membres, mais elle se trouvait en général soumise, pour l'administration, au pouvoir d'un seul des associés qui représentait la Gesammte Hand. C'est ainsi que Quisard (1) nous parle d'un « chef et gouverneur de l'indivision » ; ce chef, ou ce représentant, était en général le plus âgé, mais il n'est pas sûr que ce fût là une règle générale (2), et actuellement ce droit de représenter la communauté n'appartient pas forcément au plus âgé. Ce chef dirige la Gemeinderschaft comme tout administrateur zu Gesammter Hand ; il la représente envers les tiers ; mais son administration se trouve restreinte par le droit des autres communistes, et liée à leur consentement lorsqu'il s'agit de disposer de la substance même du patrimoine, d'aliéner les immeubles ou de les grever d'hypothèques (3). Ce qui prouve que la place supérieure appartient toujours à la communauté malgré cette présence d'un chef. Pour ces actes qui intéressent l'existence même du patrimoine commun, tous les membres doivent concourir et dans les sources ils agissent « uno, pari consilio ».

Lorsque l'un des communistes meurt s'il laisse des enfants, ceux-ci, d'après une règle déjà rencontrée en Allemagne, prennent dans la communauté la place de leur ascendant.

Si au contraire le défunt ne laisse pas de descendants, les

l'art. 1090, et l'art. 1092 ajoute : « Les profits et les pertes que font les indivis réunis dans le ménage de l'indivision, sont communs à tous les indivis.... » Cf. *Zurich. Privatrech. Gesetz.*, art. 558 et C. C. de Neufchatel, art. 1416 Cf. une variante dans le C. C. du canton de Vaud, art. 1353 — Cf. M. Huber, pp. 57 et ss. et p. 15.

(1) *Commentaire coutumier du pays de Vaud*, 1562, dans *Zeitsch. f. schweiz. Recht.*, t. XIII et XV, liv. III, tit. 8, chap. I.

(2) Cf. Heusler : *Inst.*, I, p. 246. — Cohn : op. cit., p. 42. — E. Huber : op. cit., IV, p. 253.

(3) Cf. M. Huber : op. cit., p. 55. — E. Huber : op. cit., IV, f. 250.

principes de la Gesammte Hand excluent tout droit de succession sur une quote-part du patrimoine commun, et entraînent au profit des Gemeinder survivants un simple droit d'accroissement (1). Ce droit d'accroissement était certainement la règle unique à l'époque du moyen-âge (2). Mais à partir d'une époque postérieure, surtout à partir du XVI[e] siècle, ce principe semble s'être affaibli et trouve moins d'application (3).

Le projet du nouveau Code civil suisse se montre très favorable dans ses principes à notre institution qui dans le texte français, porte le nom d' « indivision », et est placé dans le droit de famille (Tit. 9, 3[e] sect.).

La communauté entre cohéritiers se constitue *ipso facto* du jour de l'ouverture de la succession (4). Les héritiers ne sont pas simplement copropriétaires de portions indivises, mais communistes dans le sens germanique des articles 655 et ss. Par suite, avant tout partage, ils ne peuvent disposer de leurs droits dans l'indivision qu'en commun ou par l'intermédiaire d'un représentant ; aucun d'eux ne peut aliéner sa portion et faire entrer à sa place l'acquéreur dans la communauté, car il n'a précisément pas de quote-part indivise.

(1) Cf. M. Huber : op. cit., p. 71 et s. — F. Huber : op. cit., IV, § 121.

(2) M. Huber : op. cit. p. 30. La plus ancienne source qui réglemente notre institution la *Handfeste de Fribourg en Uetchaland*, de 1249, contient le principe le plus actif de la Gesammte Hand : « Porro si aliqui liberorum illorum insimul fuerint, quod non sunt partiti et contijerit unum illorum mori, bona illius defuncti illi liberi qui non sunt partiti inter se dividant » ; ces décisions de la Handfeste de Fribourg passèrent sans exception dans les autres. Cf. Cohn : op. cit., p. 35 et s.

(3) Actuellement on trouve d'une part l'application de l'ancienne règle dans la législation des cantons de Zurich, de Schaffouse et de Fribourg ; et de l'autre les Codes du canton de Vaud et du canton de Neufchatel ne parlent nulle part d'un droit de succession ou d'accroissement des indivis.

(4) Cf. *Erlaüterungen zum Vorentwurf*. Heft I, tit. IX, p. 255 ; Heft II, tit. XVII, p. 130 et s. *Vorentwurf*, art. 615 à 619.

Cette forme de la communauté successorale entraîne des règles propres à la Gesammte Hand. D'abord le soin des affaires de la communauté revient en principe à l'ensemble des Gemeinder. Pour les actes de simple administration il suffira de l'intervention d'un seul héritier. D'ailleurs l'article 165 al. 3 prescrit que l'autorité compétente peut, à la requête de l'un des héritiers, désigner jusqu'au partage, un fondé de pouvoirs de la communauté.

Cette communauté zu Gesammter Hand est en principe destinée à être liquidée. Cependant les cohéritiers peuvent la transformer en une communauté conventionnelle et durable, qui rentrera alors dans la catégorie des « *Gemeinderschaften* » ou « *indivisions* ». Dans ce cas, voici les principaux caractères de la nouvelle situation : le partage est ajourné et s'effectuera « ex nunc », c'est-à-dire comme si le défunt venait de décéder à ce moment seulement, et pendant cet intervalle les associés sont « auf gemeinsamen Gedeih und Verderb ».

Les indivis peuvent choisir un chef pour représenter la communauté vis-à-vis des tiers et diriger l'exploitation commune.

Cette situation conventionnelle de l' « *indivision* avec exploitation commune » (volle Wirtschaftsgemeinderschaft) constitue la règle.

Cependant l'indivision peut être constituée dans des conditions telles qu'il n'y ait pas exploitation en commun ; c'est alors le cas exceptionnel de l' « *indivision en participation* » (Ersatzgemeinderschaft). L'administration est alors confiée à un seul des cohéritiers (*gérant* ou *Uebernehmer*) qui doit verser annuellement à chacun des indivis sa part des bénéfices nets. Mais la propriété reste encore commune, et le gérant administre comme tout chef d'une communauté zu Gesammter Hand.

Cette « indivision en participation » est considérée par le projet comme une institution destinée à parer au morcellement à l'infini de la propriété dans les classes agricoles. C'est pourquoi, en vertu des articles 630 et 631, lorsqu'un

héritier ayant demandé que l'exploitation lui fût attribuée en entier, ses immeubles se trouveraient grevés au delà des deux tiers de la valeur estimative, par les sûretés à fournir à ses copartageants, le projet lui permet de requérir qu'il soit sursis au partage et à la liquidation des droits de ses cohéritiers relativement à cette exploitation, et les héritiers forment alors une « indivision en participation (art. 631) ».

Enfin cette situation peut même être imposée aux héritiers ; car une exploitation agricole, ou telle autre exploitation, formant un tout avec un immeuble y affecté, sera, pour autant qu'elle n'est pas commodément partageable, attribuée entièrement à l'un des héritiers, s'il le demande et paraît capable de s'en charger ; le prix en sera fixé équitablement et s'imputera sur la part de l'héritier.

Et lorsqu'un autre héritier s'y oppose, ou que des compétitions se produisent, *l'autorité décide* de l'attribution, en tenant compte des usages locaux, de la situation personnelle des héritiers et des vœux de la majorité (art. 630).

Section III

§ I. — La propriété individuelle de la terre est issue, en France comme dans les pays dont nous venons de parler, d'une forme originaire semblable, de la propriété collective. Ce principe primitif des races germaniques se retrouve en effet, comme nous allons le voir bientôt, chez les Francs Saliens, qui ne forment qu'une tribu dans l'ensemble du peuple germain, mais qui sont les ancêtres de notre vie juridique postérieure, dans laquelle, jusqu'à nos jours, on retrouve des traces très importantes de l'ancienne propriété collective du sol.

A l'époque de la rédaction de la loi Salique, les Francs Saliens avaient à peine fondé leurs premiers établissements ; ils ne formaient déjà plus un peuple simplement nomade et ils n'étaient cependant pas encore une race uniquement agricole : la culture avait déjà acquis chez eux un grand

développement, mais la chasse et l'élevage du bétail étaient encore pour eux les plus grandes sources de revenus ; et ce ne serait guère que du ve au VIIIe siècle que la culture de la terre serait devenue vraiment chez eux de toute importance.

A ces époques, les forêts et les prairies formaient la plus grande étendue de la propriété commune, et ces terres ainsi que l'enclos et la maison étaient soumises aux principes de la propriété dans la Mark germanique.

Comme nous l'avons vu précédemment pour les Germains en général (1), en Gaule, les eaux, les bois, les prairies restaient dans l'indivision ; une certaine étendue de champs faisait seule l'objet d'une répartition entre les familles.

Les Francs sont en effet encore loin de la véritable propriété privée ; car même celle que le paysan considérait comme telle était encore vinculée par les droits de la communauté de famille. « Parmi les Francs Saliens, au moment des invasions, la propriété immoblière privée existait assurément, mais elle était encore sur beaucoup de points, comme la chrysalide à demi sortie du cocon qu'elle déchire (2). »

A l'époque de la loi Salique, la propriété privée du sol paraît même encore très peu développée ; cette lex ne dit pas un mot, en effet, de la vente des immeubles ni de leur saisie ; l'exécution d'une obligation ne peut être poursuivie que sur les meubles du débiteur (3) ; et pour le payement d'un wergeld, le débiteur insolvable peut être contraint de

(1) Cf. *supra*, chap. IV, p. 339. — Cf. Dareste de la Chavanne : op. cit., p. 15

(2) Viollet : *Hist. des institutions politiques et économiques de la France*, p. 558.

(3) Ce principe, longtemps conservé en France comme en Allemagne, que les meubles seuls répondent des dettes, est un reste très frappant des règles sur la propriété collective du sol, qui empêchent l'exécution des dettes d'un des membres de l'association sur les biens qui appartiennent à tous. Cf. *supra*, chap. II, p. 152, note 4, chap. III, p. 288, 299.

transmettre par la formalité de la « chrenecruda » ses droits sur le domaine collectif (1).

Un édit de Chilpéric de l'an 581 prouve l'existence certaine chez les Francs d'une intime « Feldgemeinschaft ». Le texte (2) a donné lieu à diverses interprétations discutées ; mais il est certain d'abord qu'il apporte des modifications à un état de choses antérieur ; la première consiste en ce qu'il appelle à la succession les frères après les descendants ; la seconde en ce qu'il fait concourir les filles avec les fils ; à défaut de ces deux classes nouvelles la succession retourne aux « *vicini* ».

Comme la citation que cet édit fait de la Loi Salique est exacte et qu'il change une situation établie, il faut bien le croire et décider que déjà dans la Loi Salique existait, à titre d'institution importante, une dévolution au profit des « vicini » dans le cas où les « filii » faisaient défaut. Ce droit de succession des vicini est lui aussi à son tour une preuve manifeste de l'existence d'une propriété collective : « *quicumque vicinos habens* » désigne l'individu qui vit dans une communauté ; c'est l'associé d'une ancienne communauté de Mark germanique ; les « *vicini* » ce sont les « *Dorfmarkgenossen* » (3), les « *Dorfgenossen, Nachbar* » ou habitants d'une même « *villa* » (4), d'un village (5). Les « *terrae* » de l'édit de

(1) Cf. Beaune : *Droit coutumier*, II, p. 59. — Laveleye : *La propriété et ses formes primit.*, p. 84.

(2) Art. 3. — « Simili modo placuit atque convenit, ut si quicumque vicinos habens aut filios aut filias post obitum suum superstitus fuerit, quamdiu filii advixerint, terra habeant, sicut et lex Salica habet. Et si subito filios defuncti fuerint, filia simili modo accipiant terras ipsas, sicut et filii si sui fuissent et habuissent. Et si moritur frater alter superstitus fuerit, frater terras accipiant, non vicini. Et subito frater moriens frater non derelinquerit superstitem, tunc soror ad terra ipsa accedat possidenda. »

(3) Gierke : *Zeitsch. f. Rechtsgesch*, 1876, t. XII, pp. 439 et ss.

(4) Waitz : *Das alte Recht de salischen Franken*, p. 130. — Lamprecht : op. cit., p. 71.

(5) Pardessus : *Loi Salique*, p. 546 et note 528. — Glasson : *Hist. du droit*, t. III, p. 80. — Viollet : op. cit., p. 313, note 1.

Chilpéric, ce sont des terres qui appartiennent au système de la Mark. Cette expression « Mark » est étrangère, il est vrai, à la Loi Salique, mais il y a au moins un texte qui laisse clairement entendre qu'il y avait à cette époque des forêts et des prairies communes en grand nombre (1). Et le mot « *villa* » que l'on retrouve dans la Loi Salique, s'il désigne souvent une propriété particulière, composée de bâtiments et de biens ruraux, signifie plus fréquemment encore un certain arrondissement de territoire, comme les communes et les hameaux d'aujourd'hui (2).

Une autre preuve de l'existence de la propriété collective chez les Francs dans la forme de la Mark germanique, se trouve dans le titre XLV de la Loi Salique, « *de Migrantibus* ». Ce texte a été diversement compris dans ses détails, mais on est généralement d'accord pour admettre qu'il a en vue le cas d'un étranger qui veut s'établir « in villa », c'est-à-dire dans une communauté de village. Le consentement de tous les habitants est nécessaire pour cela ; l'opposition d'un seul d'entre eux suffit pour forcer l'étranger à se retirer. Le consentement exprès peut être remplacé par ce fait que l'étranger a joui paisiblement et sans opposition des biens de la villa, pendant une année, délai ordinaire des prescriptions acquisitives à l'époque franque (3).

Comment expliquer ce texte (facilement compréhensible en vertu de la restriction que l'introduction d'un nouveau membre apporterait au droit de jouissance des associés déjà établis) et cette règle que nous avons déjà rencontrée identique

(1) Cf. Lex Salica : tit. XXVII, § 19. — Cf. tit. XXIX, §§ 29 et 30. — On y constate que dans les forêts communes chaque habitant avait le droit d'y prendre du bois pour ses besoins. — Cf. Pardessus : op. cit., p. 545.

(2) Pardessus : op. cit., note 527. — Waitz : op. cit., p. 124. — Beaune : op. cit., II, p. 59. — Lamprecht : *Beitrage zur Geschichte des franzœs. Wirtschaftsleben im elften Iahrhundert*, p. 10.

(3) Ce titre trouve son complément dans le tit. 14, 4 de la même loi. Les vicini n'ont pas le droit d'opposition contre un homme libre qui produit un privilège d'établissement délivré par le roi.

dans la Mark germanique (1), si l'on n'admet pas, au-dessus de la propriété privée, une sorte de propriété collective au profit des habitants ? Ceux-ci forment en quelque sorte une vaste famille, dont les membres doivent consentir à voir leurs droits diminués. Il y a donc là la preuve de l'existence de biens communs et d'une Dorfgenossenschaft fermée qui ne pouvait s'augmenter sans le consentement de tous (2).

L'ancien principe de la Mark germanique existe donc chez les Francs Saliens, et la propriété collective reposait sur le système du Dorf avec Feldgemeinschaft. Ces « Dœrfer » ou « villages » appartiennent aux « vicini » et constituent une association de Mark.

Une partie du sol possédé en commun est détachée périodiquement et répartie par le sort entre les familles ; avec le terrain qui est accordé pour la construction de l'habitation, entourée d'un enclos, cette parcelle deviendra la *sors* ou *alag*, la *terra salica*, et elle se retrouve plus tard sous les noms de *curtis*, *curtilis*, de *mansus* et de *meix* en plein moyen-âge (3).

En dehors de ces parcelles de terres labourables soumises d'abord à l'allotissement périodique et devenues plus tard

(1) Cf. *supra*, chap. IV, p. 339.

(2) Cf. Pardessus : op. cit., notes 528 à 532. — Waitz : op. cit., p. 125. — Glasson : *Les communaux et le domaine rural à l'époque franque*, pp. 20 et ss. — Laveleye : op. cit., p. 98. — Schroeder : *Zeitsch. f. Rechtgesch.* XV p. 55. — Lamprecht : op. cit., p. 73. — A l'occasion de ce titre de la Loi Salique, Fustel de Coulanges s'est attaché à accentuer encore davantage sa doctrine contraire à l'idée d'une propriété collective chez les Francs. (Cf. *Mémoire sur le titre de Migrantibus de la Loi Salique*). — Cf. *contra*, la réponse de M. Glasson dans *Hist. du droit et des institutions de la France*, t. III, pp. 71 et ss. et dans *Les communaux et le domaine rural*, pp. 148 et ss. « Il y a, dit M. Glasson, de nombreux vestiges chez les Francs, de l'ancienne communauté germanique parmi les habitants d'une même Mark, villa, village, centaine, etc... »

(3) *Capit. de Villis*, 41. — *Cartulaire de Saint-Vincent de Mâcon*, chap. 49, 87. — *Cartulaire de Cluny*, Bignon, col. 964. — *Cartulaire de l'église d'Autun*, 1re partie, chap. 43. — Cf. Beaune, op. cit., II, p. 60. — Schroeder : op. cit., pp. 53, 54, 74.

propriété de la famille (1) le territoire de la Mark reste la propriété commune des habitants ; cette partie, qui correspond à l'Allmend germanique (2), comprend les pâturages, les bois, les rivières et les Markgenossen en ont la jouissance indivise (3).

Le partage des terres entre les Romains et les Germains lors de leur établissement en Gaule ne fait pas disparaître ces principes (4). Les prescriptions minutieuses des lois barbares sur les coupes et les partages des bois communs, et sur la jouissance des pâturages attestent trop bien que les Francs n'y avaient pas encore renoncé à l'époque mérovingienne et carlovingienne (5). Indépendamment des traces que l'on trouve dans la Loi Salique (6), la Loi Gombette nous indique nettement que les Romains et les Germains possédaient en commun et indivisément des champs et des forêts (7).

Au XI[e] siècle les hameaux et les villages sont très nombreux sur notre territoire et y ont une grande importance, Le village comme centre de l'activité économique franque était une partie de la Mark, c'est-à-dire de l'ensemble de terres plus considérable qui était propriété collective des habitants et qui comprenait le village, les champs cultivés, les prairies et les bois (8).

Le village comprend non seulement les maisons d'habitation, mais encore les terres arables. Dans celui-ci, à chaque famille appartient un *mansus* ou *manse*, entité juridique qui correspond à la Hufe, et qui comprend tout ce qui était

(1) Cf. *supra*, chap. IV, p. 342.

(2) Cf. *supra*, chap. IV, p. 340.

(3) Cf. Glasson : op. cit., pp. 18 et ss.

(4) Schroeder : *Forschungen z. Deutsch. Rechtsgesch*, p. 144.

(5) Cf. Laboulaye : *Histoire de la propriété foncière en Occident*, pp. 258 et ss.

(6) Cf. *supra*, chap. IV, p. 373.

(7) Lex Burgond, t. XIII, t. XXXI, t. XXVIII. — Cf. Beaune : op. cit., II, pp. 61, 62.

(8) Cf. Lamprecht : op. cit., pp. 18 et ss.

nécessaire à la culture rurale, non seulement l'enclos et les bâtiments mais encore le champ cultivable, et le droit à la jouissance des pâturages, des forêts et des eaux (1).

Autour du village se trouve le territoire cultivé et ordinairement divisé en soles soumises au Flurzwang ou rotation obligée des cultures. Enfin la périphérie de la Mark comprend en outre la forêt, les eaux, les pâturages sur lesquels chaque habitant a un droit de jouissance.

Les principes de la féodalité ont apporté de profonds changements à cet état de choses d'origine germanique. En vertu de cette idée nouvelle que la forêt et la lande appartiennent au roi, les seigneurs féodaux se prétendirent propriétaires d'un grand nombre de ces communaux qui couvraient le territoire de la France, tout en laissant subsister sur eux la jouissance de leurs possesseurs antérieurs ; mais cette attribution de la nue propriété aux seigneurs fit convertir nombre de bois en forêts closes avec garennes et chasses réservées aux seigneurs. Les multiples châteaux forts qui surgissent de toutes parts ne sont pas non plus une des moindres causes de la disparition du régime antérieur. Cependant, très souvent le domaine éminent du seigneur féodal ne détruit pas la propriété collective de ces biens et ne fait que s'y superposer ; c'est pourquoi à l'époque de la rédaction des coutumes presque tous les villages avaient encore des biens communaux. Car c'est surtout au XVI[e] siècle que la noblesse s'en empare (2).

Et à l'époque antérieure il y a eu en France de très nom-

(1) Cf. *supra*, chap. IV, p. 342. — Lamprecht : op. cit., p. 148. — Dareste de la Chavanne : op. cit., p. 511.

(2) Plusieurs villages possédaient des pâturages indivis entre eux, ce qui était un signe évident d'une communauté anciennement plus étendue — Cf. Dareste de la Chavanne : op. cit., p. 108, pp. 155 et ss. Beaune : op. cit., II, p. 64. — Hanauer : *Constitution des campagnes de l'Alsace,* II, p. 214. — Laveleye : op. cit., pp. 244 et ss. — Laboulaye : op. cit., pp. 277 et ss. — Championnière : *Propriété des eaux courantes*, p. 344.

breux biens communaux dont l'existence est très certaine (1). Cette communauté des bois a d'ailleurs duré très longtemps, surtout en Champagne et en Bourgogne ; et malgré l'influence contraire de la Révolution qui voulut dépecer le domaine communal, comme elle le faisait pour les biens du clergé et de la noblesse (2), on trouve encore après cette période de nombreuses forêts communales près de Joinville, près de Tonnerre, la forêt de Maulne, celle de la Ferté-sur-Aube, de Châtillon-sur-Seine, des Chaumes, d'Avenay, de Brancion, de Cluny, du Mont-Saint-Vincent (3). De nos jours encore on trouve de nombreux communaux dans les régions comprises entre l'Hérault et l'Aveyron et en France ils couvrent environ quatre millions d'hectares ; les départements les plus riches sont les Landes, les Hautes et Basses Pyrénées, la Gironde, l'Isère, la Creuse (4).

Ces biens communaux que l'on rencontre ainsi dans toutes ces périodes postérieures proviennent-ils de libéralités récentes, ou bien au contraire sont-ils les restes de l'ancienne propriété collective germanique ?

On a longtemps soutenu qu'ils dérivaient exclusivement de concessions accordées par les seigneurs (5). Mais s'il est certain aussi que l'on ne peut affirmer que les communaux tirent absolument partout leur origine de la propriété collective (6), il est évident également que le domaine communal ne s'est pas formé tout entier ainsi. Les bois, les eaux, les prai-

(1) En Bourgogne, au l'an 1003 ; cf. *Recueil de Picard*, 168. — A Arles en 1055 ; Cf. Anibert : *Mémoire sur la République d'Arles*, 1re partie, p. 112. — à Metz, en 1179.

(2) Cf. Laveleye : op. cit., p. 247.

(3) Cf. Dareste de la Chovanne : op. cit., pp. 112 et suiv.

(4) Laveleye : op. cit , p. 26, p. 249. — Garsonnet : op. cit., p. 513.

(5) Cf. Dumoulin sur art. 67 : *Cout. Paris*, glose 2. — D'Argentré sur art. 277 *Cout. de Bretagne*. — Guy Coquille, *Question* CCCIII. L'ordonnance de 1669 se fonde sur la présomption que ces biens proviennent des libéralités faites par les seigneurs.

(6) Cf. Garsonnet : op. cit., p. 511.

ries ont commencé par appartenir en commun aux habitants de villages constitués d'après les règles de la Mark germanique : des auteurs comme Legrand (1). Salvaing (2), Proudhon (3), l'ont reconnu à une époque où la propriété collective était encore bien peu étudiée : des concessions par les seigneurs ont certes pu avoir lieu, mais, avant la féodalité, les agglomérations d'habitants, connues sous le nom de *villæ*, *vici*, *castellæ*, *mansiones*, ou autres analogues avaient aussi des biens communaux (4).

Cette opinion, qui fait remonter nos communaux de l'époque actuelle à la Mark germanique s'appuie sur de nombreuses traces des principes propres à cette institution. La communauté de village ancienne n'avait pas disparu complètement chez nous (5) ; le maintien des règles sur la vaine pâture en est une preuve évidente ; les droits de vaine pâture et de parcours découlent en droite ligne des usages francs sur les biens de la Mark livrés à la jouissance commune (6). D'ailleurs, il est remarquable que la plupart des principes, qui réglaient la jouissance des forêts entre les cousagers dans les lois barbares, se retrouvent pendant long-

(1) *Coutumes du baillage de Troyes* sur art. 162, glose 2, n° 15.

(2) *Traité de l'usage des fiefs*, p. 86.

(3) *Des droits d'usufruit, d'usage, d'habitation et de superficie*, t. VI, n° 2814 et suiv. C'est sur cette origine que se fonda la législation révolutionnaire du 10 juin 1793, tit. IV, art. 1er « tous les biens communs en général sont et appartiennent de leur nature à la généralité des membres ou habitants des communes.. .. »

(4) Cf. Dalloz : *Répert.* voc. commune, n° 10, p. 118. — Garsonnet : op. cit., p. 512. — Laveleye : op. cit., p. 85. — Glasson : op. cit., pp. 3 et suiv. — Parlessus : op. cit., p. 527. — Troplong : *Revue de Jurisp.*, I, pp. 8 et suiv. — Aucoc : *Les sections de communes et les biens communaux*, pp. 18, 45 et suiv., *Compte-rendu Vergé*, 1885, fasc. 7 et 8, p. 139. — Beaune : op. cit., II, p. 65.

(5) Voyez les communautés colongères de l'Alsace, qui remontent aux vieux usages germaniques, cf. Glasson : op. cit., p. 3. — Garsonnet : op. cit., p. 41, p. 520. Hanauer : loc. cit.

(6) Garsonnet : op. cit., p. 511. p. 519. — Glasson : op. cit., pp. 26 et suiv. — Laveleye : op. cit., p. 251.

temps, on peut dire jusqu'à nos jours, à peu près tels que celles-ci les avaient établis (1).

Les villages du territoire de Pontarlier étaient indépendants, et la communauté des terres y persista si bien, dans certaines localités, qu'en 1830, encore, à Longchaumois, elles sont réparties par des experts entre les habitants qui ne peuvent disposer de leur lot sans le consentement des autres habitants (2). Cette tradition des partages égaux s'est conservée longtemps en France, dans plusieurs régions : à Sarrelouis, au XVIIIe siècle, avaient lieu des partages entre les habitants à des époques déterminées (3), et au XVIe siècle

(1) Cf. Dareste de la Chavanne : op. cit., p. 117.

(2) Cf. Dareste de la Chavanne : op. cit., p. 138.

(3) La partie commune des terres s'appelle « *Sarregau* » ; rapprochez ce terme, ainsi que celui de « *gau* » du Lyonnais, d'une expression semblable que nous avons notée souvent en Allemagne et en Suisse, cf. *supra*, chap. IV, p. 345 cf. Dareste de la Chavanne : op. cit., p. 16. Rapprochez aussi du mot « *Mark* » les noms de *Marquenterre* et de *Marche*, *Haute Marche*, etc. La coutume des partages est encore en vigueur dans les montagnes situées entre l'Hérault et l'Aveyron, où les communaux sont très vastes. La commune de Coraus possède outre une forêt un domaine de terres arables réparties entre les habitants pour un certain temps, cf. Laveleye : op. cit., p. 255. — Leroy-Beaulieu : *Le collectivisme*, p. 139. — Dareste de la Chavanne : op. cit., f. 94. Voici encore une ressemblance de notre droit avec les règles de la Mark germanique : les limites de celles-ci étaient indiquées par des pierres, des pieux ou des arbres plantés en grande cérémonie. D'après une étrange coutume, qui s'est conservée jusqu'à nos jours en Bavière et dans le Palatinat, on amenait, comme témoins de l'opération du bornage, des enfants, à qui l'on donnait des soufflets afin que le souvenir de l'acte auquel ils avaient assisté s'imprimât dans leur esprit d'une façon ineffaçable, et que plus tard ils pussent ainsi servir de témoins. — (Cf. Laveleye : op. cit., p. 99.) Au moyen âge, en France, on retrouve ce même usage ; on prenait comme témoins de l'opération du bornage « de très jeunes enfants, afin de s'assurer une preuve de plus longue durée ; et pour attirer leur attention sur le fait qu'il s'agissait de constater il paraît qu'on leur infligeait quelque correction en rapport avec leur âge ». — Cf. Baudry Lacantinerie : *Manuel de Droit civil*, I, p. 888.

se retrouve encore, dans le Nivernais, la règle de l'appropriation du champ laissé inculte.

Ce ne sont pas là les seuls restes des anciens principes germaniques : jusque dans les temps modernes, certaines coutumes locales du Nord de la France ont conservé au profit des habitants du pays contre les acquéreurs étrangers, un véritable droit de retrait, trace incontestable de l'ancienne propriété collective (1).

Dans toutes les chartes de communes on retrouve le principe de solidarité des habitants qui était essentiel dans la Mark germanique ; tous les habitants se devaient aide et assistance réciproque (2). D'ailleurs, la plupart de ces chartes, qui au moyen-âge donnent aux communes et aux campagnes une organisation particulière, avec la faculté de se gouverner elles-mêmes, nous ramène au type bien plus ancien des communautés germaniques. Ces vestiges se retrouvent encore à une époque plus récente ; ainsi dans la Ferme et dans l'Echevinage de Choesques, de Beuvry en Artois, les possesseurs de cette tenure conservèrent pendant longtemps le privilège de n'être jugés que par leurs pairs, et de n'obéir qu'à des coutumes revêtues de leur propre témoignage (3).

(1) Retraits de frareuseté, de communauté, de bourgeoisie. Se trouvent dans les coutumes du pays de L'Angle, du bailliage de Saint-Omer, de Fillièvre, dans le bailliage d'Hesdin ; cf. ce que nous venons de dire des localités du territoire de Pontarlier. — Cf. Glasson : op. cit., p. 66 — Bourdot de Richebourg : t. I, pp. 306, 347. — Viollet : *Du caractère collectif des premières propriétés immobilières*, f. 39. — Garsonnet : op. cit., pp. 512 et 513, note 1 ; cf. aussi ce que dit Aucoc : op. cit., p. 139, pour la Bourgogne, l'Artois, et les Trois Evêchés : « des arrêts du conseil encore en vigueur aujourd'hui ont autorisé la mise en valeur des patures communales au moyen de partages entre les habitants chefs de famille à titre héréditaire, mais sous la condition qu'au cas d'extinction de la famille, le lot ferait retour à la commune ».

(2) Cf. Dareste de la Chavanne : op. cit., p. 105.

(3) Dans le Marquenterre (suzeraineté des comtes de Ponthieu), on trouve des communautés villageoises, dont le territoire formait un tout indivisible pour lequel elle fournissait au seigneur un homme « *vivant et mourant* ». Ce territoire était le bien propre de la com-

Que conclure de toutes ces ressemblances constantes entre nos institutions communales du moyen-âge, et même de nos jours avec le principe de la propriété germanique? C'est que le système de la propriété collective des Germains, apporté en Gaule par les Francs, s'y était établi profondément; et que les biens communaux de nos jours ne sont pas autre chose, à l'égal des Allmende de l'Allemagne et de la Suisse, que les restes de l'ancien domaine de la Mark, qui était laissé à la jouissance commune des Markgenossen (1). La France dans ses principes sur la propriété du sol, est encore la sœur des nations germaniques, et l'évolution de ces institutions est encore un sérieux point de ressemblance entre notre pays, l'Allemagne et la Suisse.

§ II. — Nous avons vu, dans ces deux derniers pays l'intime lien qui existe entre les principes de la propriété collective, d'une part, et l'idée générale et germanique d'association qui ne laisse pour ainsi dire pas de place à l'individu isolé. Et de même que les Hufen forment dans leur ensemble la Mark, l'association des membres de la Markgenossenschaft repose non sur l'individualité, mais sur l'idée de la famille germanique ; à la Hufe correspond la famille. et l'en-

mune : les habitants se considéraient si bien comme propriétaires collectifs de ce fonds, qu'ils affirmaient ne devoir aucun impôt, et allèrent, en 1706, soutenir cette prétention devant Louis XIV.

Une charte de commune, octroyée en 1257 aux habitants de Pontailler (Côte-d'Or), établit nettement que leur droit de propriété sur les communaux existait antérieurement à la charte ; cf. Garnier : *Chartes de communes et d'affranchissements de Bourgogne*, t. II, p. 308. — Cf. Beaune : op. cit., pp. 65 et suiv. — Dareste de la Chavanne : op. cit., pp. 162 et suiv., 192 et suiv.

(1) Ce système germanique s'était répandu dans toute la France, non seulement au Nord, mais même au Midi. Dans cette région on en trouve en effet une trace importante dans les « *mazades* » qui tirent leur origine directe du *manse* ou *mansus* carlovingien, dérivé lui-même de la Mark germanique. — Cf. Bauby : *Essai sur les Mazades*, pp. 6 et suiv. — Warnkœnig : op. cit., t. II, pp. 426 et suiv. — Beaune : op. cit., I, pp. 386 et suiv.

semble des familles forme la collectivité des propriétaires de la Mark.

Les principes germaniques de la propriété du sol ayant eu en France, comme nous venons de le voir, une large place, et ayant suivi un développement analogue à celui qu'ils avaient atteint dans les régions voisines, il est évident que l'autre principe, qui est comme le complément du premier, ne pouvait faire défaut chez les Francs d'abord, et dans la France plus tard.

La famille chez les Francs Saliens, n'avaient pas en effet une autre construction, nous l'avons déjà fait observer (1) que chez les autres peuplades germaniques. C'est même dans la Loi Salique, plus encore que dans les autres Leges Barbarorum, que l'on rencontre, à un très haut degré, la conception de l'union des membres de la famille, et que les principes sur le droit de succession des femmes, que celle-ci entraîne, sont les plus purs (2). C'est sur cette base de l'association familiale que reposent la plupart des conceptions patrimoniales qui ont plus tard été le fondement des institutions de notre droit coutumier ; et nous avons déjà montré (3) combien l'idée du Gesammtvermgœen familial, du bien de famille, avec les règles d'inaliénabilité, de succession et de distinction entre les propres et les acquêts, se sont profondément implantées dans notre pays où on les retrouve jusqu'à nos jours dans le Code civil.

Chez les Francs comme chez les autres peuples germaniques, il y a à l'origine, au-dessus des membres qui composaient la famille, le pouvoir supérieur du père, lié cependant dans ses droits de disposition sur le patrimoine par l'intérêt que la famille a à sa conservation. Mais de cet « Einhand » du Hausherr se développera bientôt chez cette

(1) Cf. *supra*, chap. III, p. 254.

(2) Cf. Waitz : op. cit., p. 107. — Warnkoenig : chap. II, I. — Schroeder : *Zeitsch. f. Rechtsgesch.*, XV, p. 58 et suiv. — Schaeffner : op. cit., p. 296 et suiv.

(3) Cf *supra*, chap. III, p. 255 et ss.

race les formes de communauté plus complète de la Gemeinderschaft zu Gesammter Hand, entre les cohéritiers, entre les époux, et entre le survivant et les enfants.

C'est pourquoi nous rencontrons en France une forme de communauté de tous points semblable à celles dont nous avons exposé les règles pour l'Allemagne et la Suisse, la *société* ou *communauté taisible* du moyen-âge. Dès le moment où l'histoire jette quelques lumières, on aperçoit les familles, principalement agricoles, organisées dans cette forme ; la société tacite est le fait général que l'on rencontre, depuis le midi de la France, jusqu'aux extrémités opposées ; ces communautés ont couvert littéralement tout le sol de notre pays, et on en constate l'existence non seulement dans les pays de coutume, mais même dans les pays de droit écrit (1). On les trouve en Franche-Comté (2), en Bourgogne (3), dans le Comté de Marche (4), en Nivernais (5), en Bourbonnais (6), dans le Maine (7), la Touraine (8), le Poitou (9), l'Anjou (10),

(1) Cf. Troplong : *Contrat de Société*. Préface, pp. 25 et 47.

(2) Cf Dunod : *Cout. de Franche-Comté*, pp. 623 et suiv. *Traité de la mainmorte*, chap. III

(3) *Cout. générale du pays et duché de Bourgogne*, 1459. Cf. Bourdot et Richebourg : *Nouveau coutumier général*, II, pp. 1177 et suiv. — Dumoulin, sur art. 87 *Cout. Bourgogne*.

(4) *Cout. de la Marche*. Bourdot et Richebourg : op. cit., t. IV, pp. 1112 et suiv.

(5) *Cout. de Nivernais*, de 1534. Bourdot et Richebourg : t. III, pp. 1133 et suiv. *Cout. de Nivernais*. Edit. Dupuy, pp 305 et suiv. *Commentaire de Guy Coquille*, par Bourcomont : *Nouvelle revue historique de droit français et étranger*, 1897, p. 762.

(6) *Cout. de Bourbonnais*, 1493. Bourdot et Richebourg : o c.pit., t. III, pp. 1203, 1247, 1252.

(7) *Cout. du Maine*. Bourdot de Richebourg : op. cit., t. IV, p. 494.

(8) *Cout. de Touraine*, Cf. Bourdot de Richebourg, op. cit., IV, p. 666.

(9) *Cout. de Poitou*. Cf. Bourdot de Richebourg : op. cit., t. IV, p. 797.

(10) *Cout d'Anjou*, 1437. Cf. Bourdot de Richebourg : op. cit., t. IV, p.

l'Angoumois (1), la Champagne (2), la Normandie (3), la Bretagne (4), l'Orléanais (5). le Berry (6), l'Auvergne (7), la Saintonge (8), le Beauvoisis (9). à Paris (10), Laon (11), Auxerre (12), Melun (13). dans le Loudunois (14), à Bordeaux (15), Toulouse (16), en Picardie, dans le Dauphiné et la Gayenne (17).

Très répandues, comme nous venons de le voir, pendant tout le moyen-âge, qui fut en vertu des principes, plus actifs à cette époque, du droit germanique, une période prodi-

(1) *Cout. d'Angoumois.* Cf. Bourdot de Richebourg : t. IV, p. 813.

(2) *Cout. de Troyes.* Cf Bourdot et Richebourg : op. cit., t. III, pp. 238, 351. 503. 527.

(3) Les « *Vavasseurs* » de Normandie au xIIe siècle. Cf. Dareste de la Chavanne : op. cit., p. 233. — Troplong : *Contrat de Société.* Préface, p. 47. — Louis Passy : *Des origines de la communauté*, thèse, Paris, 1857, p. 35 et note 2.

(4) Cf. Viollet : *Précis de l'histoire du droit français*, p. 703. note 4.

(5) *Cout d'Orléans*, 1509, art. 180 ; de 1583, art. 213. Cf. Bourdot de Richebourg : op. cit., t. III, pp. 747, 791, 844.

(6) *Cout. de Berry.* Cf. Bourdot de Richebourg : op. cit., t. III, p. 948. *Cout de Bourges.* Cf. Bourdot de Richebourg : op. cit., t. III, p. 878.

(7) *Cout. d'Auvergne.* Cf. Bourdot de Richebourg : op. cit., t. IV, p. 1187. — Chabrol : *sur l'Auvergne*, t. II, p. 499.

(8) *Cout. de Saintonge.* Cf. Bourdot de Richebourg: op. cit., t. IV, f. 863. — Beaune : op. cit., III, p. 878.

(9) Beaumanoir : op. cit., chap. XXI.

(10) Cf. Chopin : *Sur Paris*, t. II, I, n° 31 — Troplong : op. cit., Préf., pp. 36, note 4 et 47, note 1.

(11) *Cout. de Laon.* Cf. Bourdot de Richebourg : op. cit., t. II, p. 453.

(12) *Cout. d Auxerre.* Cf. Bourdot de Richebourg : op. cit., t. III, p. 605.

(13) *Cout. de Melun.* Cf. Bourdot de Richebourg : op. cit., t. III, pp. 420 et 449.

(14) *Cout. de Loudunois.* Cf. Bourdot de Richebourg : op. cit., t. IV, f. 730.

(15) *Anc. Cout. de Bordeaux.* Cf. Laurière : *Bibliothèque des Coutumes*, p. 127.

(16) Cf. Troplong ; op. cit. Préf., p. 47.

(17) Cf. Laveleye : op. cit., p 399. — Cohn : op. cit., § 15.

gieuse d'association, ces sociétés taisibles tendent à disparaître à partir du xve siècle. Il y a diverses raisons de cet effacement progressif.

Il faut d'abord compter surtout avec l'influence du droit romain renaissant, dans lequel on croit trouver la nécessité d'une convention expresse pour la constitution de toute société. La législation de cette époque s'appuie sur cette idée ; et l'on voit les ordonnances de Moulins de 1566 et de 1667, exiger un écrit pour tous les contrats dont la valeur dépasse cent livres. Ce fut bien pis encore lorsque l'ordonnance de 1673 imposa à toutes les sociétés sans distinction, l'obligation d'un écrit pour leur formation ; aussi beaucoup de coutumes, depuis la seconde rédaction, et même quelques-unes depuis la première, adoptèrent cette règle pour les sociétés taisibles, ce qui équivalait, en fait, à les proscrire, quoique en réalité, ce ne fût pas là le but de ces coutumes qui, sans les rejeter expressément, les soumettent à la simple nécessité d'un écrit, à l'exception de la société entre époux, et de de la communauté continuée. En dehors de ces deux cas, la règle est que la communauté ne peut plus se former tacitement (1).

Mais cette règle elle-même n'est pas devenue générale encore ; la société se contracte tacitement, tantôt encore entre toutes personnes comme dans les coutumes de Troyes (2), de Chaumont (3), de Bar (4), de Bassigny (5), d'Auxerre (6),

(1) *Cout. d'Orléans*, art. 213 ; *de Touraine*, art. 231, 232 ; *de Laon*, art. 267 ; *de Melun*, art. 223, 224 ; *de Reims*, art. 385 : *de Grande-Perche*, art. 107 ; *de Loudunois*, t. XXIV, art. 2 ; *du Maine*, art. 500. Cf. Pothier : *Contrat de société*, p. 382. — Glasson : op. cit., p. 13. — Lebrun : *Traité des communautés ou sociétés taisibles*, p. 22. — Troplong : *Contrat de société*, p. 198, n° 4. — Dumoulin : *Cout. de Paris*, p. 406. — Klimrath : *Etudes sur les Coutumes*, p. 116.

(2) Art. 101.

(3) Art. 75.

(4) Art. 88.

(5) Art. 69.

(6) Art. 201.

de Berry (1), de Poitou (2), de Saintonge (3), d'Angoumois (4), de Chartres (5), de Bourbonnais (6) ; tantôt seulement entre frères et sœurs ou autres parents majeurs, comme dans les coutumes de Montargis (7), de Dreux (8), de Châteauneuf en Thimeray (9), de Nivernais (10).

Comme causes qui ont encore, postérieurement à la rédaction des coutumes, favorisé la disparition de ce genre d'association, il faut, outre la nécessité d'un écrit, qui dans les campagnes où elles étaient surtout en usage, les rendait moins pratiques, signaler également le développement de la fortune mobilière et surtout de l'argent monayé, ainsi que l'usage de doter les filles, qui peu à peu fait croître l'idée de l'individualité, et disparaître l'ancien esprit de communauté (11). En même temps la plupart des jurisconsultes de l'époque s'élèvent contre les sociétés tacites, tandis que les économistes du XVIII[e] siècle les attaquent vivement ; et, en 1783, on voit l'Assemblée Provinciale de Berry demander leur suppression comme une cause de désordres et de ruine (12). A la Révolution, la loi de 1793 sur le partage des communautés est dirigée contre elles, malgré des avis favorables (13) ; il en est de même de notre Code civil qui exige un écrit pour la formation des sociétés et limite la durée de l'indivision à un délai maximum de cinq années.

(1) Tit. VIII, art. 10.
(2) Art. 231.
(3) Art. 58.
(4) Art. 41.
(5) T. X, art. 61.
(6) Art. 267. Cf. Dumoulin, sur Bourbonnais, p. 401.
(7) Chap. IX, art. 1.
(8) Art. 52.
(9) Art. 70.
(10) Chap. XXII, art. 2.
(11) Cf. Beaune : op. cit., III, p. 582. — Cohn : op. cit., § 15.
(12) Cf. Beaune : op. cit., III, p. 581, note 3. — Laveleye : op. cit., p. 402, note 2. — Troplong : *Contrat de Société*. Préf., p. 3.
(13) La Cour de Besançon avait en effet demandé le maintien des sociétés taisibles comme utiles à l'agriculture. — Cf. Troplong ; *Cont. de Société*, p. 200, note 6. — Beaune : op. cit., I, p. 265.

Malgré toutes ces circonstances contraires on trouve, même au XIXe siècle, encore en France, de nombreux restes de ces communautés taisibles, surtout dans le Bourbonnais, le Nivernais (1), l'Auvergne (2), le Jura (3), la Marche (4) et même dans les Basses-Pyrénées (5).

Quelle a été l'origine de ces sociétés taisibles? Les opinions ont été diverses jusqu'à ce jour.

Les uns ont cru trouver la raison de leur formation dans la servitude. En effet, si le serf pouvait librement jouir, posséder, acquérir, il lui était interdit de disposer, soit par testament, soit même par succession, et de transmettre ses

(1) Toute cette contrée est très mamelonnée, et c'est dans ces plis de terrain, « que semblent s'être cachées des communautés agricoles qui, par leurs constructions, leurs mœurs, leurs idées, représentent d'intéressantes épaves du temps passé ». — Cf. De Cheverry : *Les ouvriers des deux mondes*, 1re série, t. V, p. 1 et suiv. On y rencontre des règles anciennes qui excluent quant à la succession et au partage les principes du Code civil — Cf. De Cheverry : op. cit., p 38 et suiv. — Les principales sont celles des Garreaux, d'Usseau et des Jault, cette dernière si bien décrite par Dupin (*Une excursion dans la Nièvre. Moniteur* du 10 février 1841) n'a été dissoute qu'en 1846. — Il faut citer encore le canton de Luzy dons lequel on en rencontre une vingtaine, dont la plus importante est la communauté de Cuzy (Saône-et-Loire), qui, formée en 1519, a été dissoute seulement en 1867. Ce ne sont pas les seules; ils en existe un grand nombre sur les confins du Morvan. — Cf. Beaune : op. cit., III, p 580, note 2. — Dareste de la Chavanne, op. cit , p. 233. — Laveleye, op. cit., p. 403.

(2) Cf. Les communautés de Thiers, visitées en 1788 par Legrand d'Aussey. — Dareste de la Chavanne : op. cit., p. 235. — Laveleye : op. cit., p. 503. — Glasson : *Communaux et communautés dans l'ancien droit français*, p. 4.

(3) A la révolution, les mainmortables du Jura vivaient encore en communautés ou « *meix* ». — Cf. Laveleye : *De la Propriété et de ses formes primitives*, p. 403 et suiv.

(4) Cf. Cassation du 2 mars 1835. — Beaune : op. cit., III, p. 576, note 4.

(5) On y trouve, ayant droit à l'usage commun d'une source saline, une communauté dite « *des Beziis* » ou « *des parts prenantes* », à laquelle ne peuvent appartenir que les desendants des anciens membres, et habitant depuis six mois au moins dans la commune. — Cf. *Revue des Sociétés*, 1883.

biens ; c'était à l'origine une incapacité absolue, qui donnait naissance à sa mort au droit d' « *échûte* » du seigneur (1). Peu à peu s'introduisit une restriction à ce droit du seigneur en faveur des enfants du serf vivant avec lui, cas pour lequel il paraissait particulièrement inique ; et cette exception s'étendit à tous les autres susceptibles vivant en communauté avec le mainmortable : en vertu de ce principe propre à toutes les sociétés taisibles, tout communiste vivant excluait le seigneur de la succession aux biens de la communauté. A une époque postérieure, le droit du seigneur fut remplacé par un impôt que le seigneur percevait sur la succession du mainmortable ; mais tant que la communauté comprenait des membres, ce même principe d'accroissement écartait la prérogative pour le seigneur de l'exiger (2).

On a conclu de ce droit particulier de succession, que là se trouvait la cause de formation de ces communautés ; au moyen-âge, les mainmsrtables s'associaient entre eux pour imposer une barrière aux droits d'échûte du seigneur ; les serfs trouvaient en outre dans cette situation des avantages économiques ; les seigneurs eux-mêmes en recueillaient les bénéfices, les terres étant mieux cultivées et rendant ainsi plus sûre la perception des nombreuses redevances imposées aux serfs (3).

Il y a dans cette opinion une erreur qui consiste à prendre l'effet pour la cause. Il est exact de dire que les seigneurs favorisèrent ces communautés taisibles où ils trouvaient autant de profits que les paysans. Mais il ne faut pas en conclure que c'est la féodalité qui les créa. Elles existaient certai-

(1) Cf. Beaune : op. cit., I, p. 254 et s. — *Cout. de Bourgogne*, t. IX, art. 11, 14 ; *d'Auvergne*, t. XXVII, art. 5 ; *de Vitry*, art. 103 ; *de Nivernais*, chap. VIII, art. 32, 7 ; *Grand Coutumier de France*, C. II, chap. 28. — Cf. Dunod : *Traité de la Mainmorte*, p. 84. — Warnkœnig, op. cit., C. I et II.

(2) Cf. une règle analogue en Allemagne, *supra*, chap. IV, p. 351.

(3) Cf. Dunod : op. cit., p. 91. — Troplong : op. cit., préf., p. 38. — Laurière : *Glossaire*, voc. Chanteau.

nement bien avant. La preuve en est d'abord dans ce fait que des communautés identiques se rencontraient en Allemagne et en Suisse antérieurement à l'époque du moyen-âge. et que les sources de la période franque en contiennent de nombreux exemples (1). En outre ces sociétés taisibles n'ont pas exclusivement existé entre serfs, mais on les rencontre très fréquentes parmi les libres, et même parmi les nobles ; et l'on ne pourrait donner pour celles-ci les mêmes raisons de formation. On a prétendu cependant qu'à l'origine elles s'étaient constituées exclusivement entre serfs, et on s'appuie pour soutenir cette thèse, sur la coutume rédigée de la Marche qui, dans l'article 151, ne la permet encore que pour cette classe de personnes ; mais, outre que c'est là une règle absolument particulière à cette région, il faut se souvenir qu'à l'époque de la rédaction des coutumes, les sociétés taisibles étaient regardées d'un œil beaucoup moins favorable, ce qui pouvait porter à les restreindre à certaines classes sociales pour lesquelles elles semblaient d'une utilité évidente. En outre, pour l'époque du très ancien moyen-âge, Beaumanoir nous affirme qu'elles se formaient entre libres et il nous dit même comment des parents libres et pauvres en ont abusé (2).

D'autres ont cherché à voir dans cette institution l'influence chrétienne et l'imitation des communautés religieuses (3) ; mais nous venons de démontrer que leur origine remonte à une époque antérieure au christianisme, et en outre il est prouvé que ces communautés ont existé chez toutes les races indo-européennes, même en dehors de toute influence chrétienne.

(1) Cf. *supra*, chap. IV, p. 353. Il faut remarquer en outre que l'admission des membres dans la communauté taisible et sa formation au bout d'un an et un jour rappellent d'une manière frappante les dispositions de la Loi Salique au tit. XLV *de Migrantibus*. — Cf. *supra*, chap. IV, p. 373.

(2) Cf. Beaumanoir : op. cit., chap. XXI, n° 625.

(3) Bonnemère : *Histoire des Paysans*.

Comme l'a dit un auteur (1), « il ne faut donc pas voir là une particularité locale ou une création factice ou accidentelle, mais une forme d'existence sociale et de possession du sol dont l'origine se perd dans la nuit des temps ». Nous allons chercher à préciser cette origine.

Les premiers documents sur nos sociétés tacites sont fort rares ; quoique leur origine soit assurément fort ancienne (2), celle-ci a fini par être perdue de vue. Et les premières coutumes qui nous renseignent sur leur état sont du XIIIe siècle seulement, et ne nous apprennent rien sur cette question. Mais en vertu des ressemblances très profondes qui existaient entre notre institution et celles que nous avons rencontrées en Allemagne et en Suisse, nous pouvons certainement conclure d'une identité d'origine, et voici sur cette question l'opinion qui nous semble la plus près de la vérité historique.

Nous avons vu qu'en Allemagne et en Suisse les principes de la propriété collective, et des formes d'association postérieures ont eu pour base principale et originaire la conception de la famille germanique. Dans cette famille il n'y a pas encore une véritable communauté zu Gesammter Hand ; il n'y a encore que l'Einhand du père de famille. Mais à la mort de celui-ci, les membres de la famille, soit qu'il s'agisse de la mère survivante vivant avec les enfants, soit qu'il s'agisse des frères, forment entre eux une véritable communauté zu Gesammter Hand qui est la forme des Gemeinderschaften postérieures (3).

Les sociétés taisibles du moyen-âge français, sœurs, dans leur constitution, des sociétés familiales d'Allemagne et de Suisse, n'ont pas eu d'autre origine. La même propriété

(1) Garsonnet : op. cit. p. 4.

(2) Chopin : Sur *Paris*, t. II, p. 146, rapporte en effet sur ces communautés un acte de 1293. — Cf. Laurière : *Glossaire*, voc. Chanteau. En Auvergne, la communauté des Guittard Pinnon prétend remonter à l'an 780. — Cf. Glasson : op. cit. p, 4.

(3) Cf. *supra*, chap. IV, p. 352.

collective d'origine germanique s'est rencontrée chez nous (1), construite sur la même base de la famille, dont les principes solidement établis dans notre pays, se sont conservés jusqu'à nos jours, nous l'avons montré (2), comme fondements de nombreuses institutions juridiques.

Tant que le père vit on ne peut parler que d'Einhand sans une véritable Gemeinderschaft. Mais à sa mort, les enfants du défunt avaient coutume de laisser leurs biens dans l'indivision, et formaient ainsi une co-propriété en main commune. C'est là, dans cette indivision familiale à la mort du père de famille, que se trouve l'origine de nos sociétés taisibles.

Plus tard, sur l'exemple de cette indivision entre frères, des groupes de personnes, et chose remarquable en général toujours parentes par le sang, se réunirent en mettant leurs biens en commun pour former, sous la direction d'un chef, une communauté juridique de biens ; et c'est la forme de la société de famille qui a duré jusqu'à nos jours (3).

Mais c'est là une évolution postérieure, dont on peut constater le mouvement dans le développement de ce droit d'accroissement entre communistes, caractéristique des sociétés taisibles. Dans l'ancienne coutume de Bourgogne, il ne fait encore obstacle au droit d'échûte du seigneur qu'en faveur des enfants demeurant avec le mainmortable. « ..... se il ne a enfants qui ne soient pas encore partis de lui, mais demourent avec lui..... » (4) ; au contraire, dans la nouvelle rédaction le droit d'accroissement est étendu à tous les successibles : « gens de mainmorte ne puent succéder l'ung à l'autre se non eux demourans ensemble et étant en communion de biens » (5).

L'origine des sociétés taisibles et de leurs principes se

(1) Cf. *supra*, chap. IV, p. 370 et ss.

(2) Cf. *supra*, chap. III, p. 253 et ss.

(3) Cf. Cohn : op. cit., § 8.

(4) Art. 144.

(5) Tit. IX, art. 13.

trouve donc dans le cercle restreint de certains membres de la famille. Indépendamment de ce fait, que les sources, d'où l'on déduit pour les communautés d'Allemagne et de Suisse cette origine familiale, sont des sources franques, il est remarquable que le Polyptique d'Irminon, qui fait de fréquentes mentions de communautés de famille, donne le nom de *socius* à un membre de ces groupes (1).

Et leur forme première fut certainement la communauté qui se formait entre les frères à la mort du père. En Auvergne, en effet, Masuer remarque qu'anciennement ces communautés se constituaient uniquement entre co-héritiers (2). Prohet est de son avis et Aymon remarque aussi qu'elles se formaient surtout entre frères et aussi entre co-héritiers (3). Et Dunod, sur la coutume de Franche-Comté, nous dit : « après la mort du père, ses descendants demeurent souvent ensemble au même feu et à la même table et sans diviser leurs biens..... » (4).

Mais la preuve la plus frappante de ce fait que c'est dans cette indivision entre frères qu'il faut voir l'origine des communautés du moyen-âge, c'est que les sociétés taisibles entre frères sont encore les formes les plus fréquentes à l'époque postérieure. La parenté a toujours été une des conditions presque généralement essentielle de la formation de ces associations ; il est certain que c'est là un souvenir manifeste de la forme familiale primitive ; et, avec plus de précision, dans toutes les coutumes elles se forment surtout entre frères, quelquefois entre collatéraux et tout à fait exceptionnellement entre étrangers (5). Cette règle nous prouve que la mémoire de leur forme première s'est longtemps conservée ; et la trace de la communauté primitive entre frères se retrouve encore dans les mots qu'emploient les coutumes, de

(1) XXIV, 115. — Edit. Guérard, t. II, p. 24.

(2) *De Societate*, n° 14.

(3) Cf. Chabrol, s. art. 187. *Cout. Auvergne.*

(4) P. 623.

(5) Cf. *infra*, chap. IV, p. 394 et ss.

« *frérages, fraternité* » qu'il faut rapprocher du terme allemand et suisse de « *Brüderschaften* », ainsi que le mot de « *frarescheux* » qu'une note de Bourdot de Richebourg explique très clairement dans notre sens : « *frarescheurs* ou *frarescheux* sunt fratres vel cognati consortes et coheredes qui bona communia pro indivisa habent » (1). Et c'est parce qu'ils avaient le souvenir exact de leur origine que les membres de la communauté des Jault en Nivernais soutenaient toujours que comme descendants de la même famille ils avaient sans cesse été propriétaires et libres (2).

Nous retrouvons d'ailleurs dans les sociétés taisibles du moyen-âge cet autre principe propre à la famille germanique : de même que les femmes sont exclues de la succession au bien de famille, et en raison même de cette exclusion qui ne leur permettait pas d'avoir des biens qu'elles puissent laisser dans l'indivision, les femmes ne se classaient point en général parmi les communistes, si ce n'est pour leurs besoins personnels. Et cette situation particulière des femmes a duré encore jusqu'à nos jours dans la communauté des Jault, où les mâles seuls font tête ; les femmes y sont nourries sans y compter (3).

Nous ne sommes pas les seuls à trouver dans cette origine familiale la base des formes postérieures de ces communautés ; des auteurs comme Beaune (4), Dareste de la Chavanne (5), Laveleye (6), sont de cet avis. Et nous pouvons donc affirmer que, s'il est certain que les conditions du ré-

(1) Cf. *Cout. Anjou*, art. 282 « ... co-héritiers et frarescheux... » Bourdot de Richebourg, t. IV, p. 553, note f. — Cf. art 280, *Cout. Maine*, art. 297. — Bourdot de Richebourg, IV, p. 494.

(2) Cf. Dareste : op. cit., p. 104

(3) Cf. Laveleye : *La propriété et ses formes primitives*, p. 493. — Dupin : op. cit.

(4) Op. cit., III, p. 573.

(5) Op. cit., p 232.

(6) Op. cit., pp. 86, 100 et 498,

gime féodal les favorisèrent dans l'intérêt des paysans (1), il ne les fonda pas. De l'Einhand du père de famille chez les Francs se développe à la mort de ce dernier, une Gemeinderschaft zu Gesammter Hand entre frères, qui constitue la première apparition de la société taisible.

Et voilà pourquoi les principes de la propriété en main commune se retrouvent avec évidence dans les règles auxquelles sont soumises les sociétés tacites du moyen-âge français, règles de tous points semblables à celles que nous avons relevées en Allemagne et en Suisse.

Les sociétés taisibles en France à l'époque du moyen-âge avaient lieu principalements entre paysans, et surtout entre mainmortables ou *hommes de poeste ;* ceux-ci formaient la majeure partie de la population rurale à l'époque de la féodalité ; et c'est pourquoi on rencontre plus fréquemment dans cette classe (2), ces associations, qui sont désignées souvent sous le nom de « sociétés » ou « compagnies rustiques (3) ». Elles ne sont cependant pas particulières à cette catégorie sociale. On en constaté l'existence aussi parmi les libres, paysans ou bourgeois (4), et quelquefois même, comme en Champagne, chez les nobles (5).

Parmi les personnes qui composaient ces communautés, en souvenir des origines, la parenté était de règle ; il fallait en général, pour que la société pût se former, qu'il y eût

(1) Un acte de Champagne de 1188 nous montre en effet le seigneur exigeant, avant d'accorder certaines concessions, que les paysans se mettent en communauté.

(2) Cf. Beaune : op. cit., I, p. 218. — Beaumanoir : op. cit., chap. XXI.

(3) Cf. Troplong · *Contrat de Société*, p. 245. — Schaeffner : op. cit , III, chap. XIII.

(4) Ainsi un acte de 1293 rapporté par Choppin sur *Cout. de Paris*, II, p. 146, prouve qu'elles existaient à Paris entre bourgeois. — Troplong : op. cit., Préf., p. XLVII, XLIX. — Beaune : op. cit., III, p 573.

(5) Cf. *Cout. de Troyes*, art. 101.... « personnes nobles ou franches... » — Lebrun : *Traité des communautés ou sociétés taisibles*, p. 17. — Dareste de la Chavanne ; op. cit., p. 232.

« lignage entre les parçonniers (1) » et cette parenté devait exister à un degré très rapproché. car la plupart des coutumes ne permettent à cette communauté d'exister qu'entre frères (2) ; et c'est par exception que quelques-unes d'entre elles l'étendent en dehors de cette catégorie aux autres parents se trouvant dans les mêmes conditions (3), et que l'une d'elles la permet même entre étrangers (4).

Ces membres unis entre eux s'appelaient *frarescheux*, *cottiers*, *communs*, *consortes*, *compani*, et surtout *parsonniers*. *personniers*, *comparsonniers*, *compains*, c'est-à-dire mangeant leur pain ensemble (5). Et dans cette association les femmes ne sont point comprises ; « avec Dumoulin je dis qu'elle est masculine », remarque Lebrun (6) ; les sœurs en sont en règle générale exclues (7), et ne comptent parmi les communistes que pour la satisfaction de leurs besoins matériels (8) ; tandis qu'à la mort de l'un des personniers marié, ses fils entraient dans la communauté à sa place, ses filles

(1) Laveleye : op. cit., p. 501.— Dunod : *Traité de la Mainmorte*, p. 87.

(2) Cf. *Cout. de Sens*, art. 280. — *De Troyes*, art. 102. — *De Nivernais*, chap. XXII, art. 2. — *De Bourbonnais*, art. 267. — Cf. Dunod : *Cout. de Franche-Comté*, p. 636. —Chabrol, sur art. 187. *Cout d'Auvergne*. — Glasson : *Communaux et communautés dans l'ancien droit français*, p 11.

(3) Cf. *Cout. de Berry*, tit. VIII, art. 10. — *De Sens*, art. 280. — *D'Auxerre* art. 201. — *De Troyes*, art. 101. — *D'Orléans*, art. 213. — *De Touraine*, art. 232. — *De Laon*, art. 267. — *De Melun*, art. 223. — *De Reims*, art 385.

(4) *Cout. de Poitou*, art. 231. — Cf. Troplong : op. cit., *Préf.* p. XLV et XLVIII.

(5) Cf. Troplong : op. cit., Préface, p. XXXVI. — Dareste de la Chavanne : op. cit., p. 231, note 3.

(6) Op. cit., p. 19.

(7) Cf. *Cout. Nivernais*, chap. XXII, art. 2. — *De Bourbonnais*, art. 267.

(8) Cf. Beaune : op. cit., I, p. 403. — Guy-Coquille, *Question* LXXXVIII.

n'avaient droit qu'à une dot et encore fallait-il qu'elle ne fût pas prise sur le fonds commun (1).

Ces communautés familiales portaient divers noms ; au Nord on les appelle *frérages*, en Anjou, Maine et Touraine *fraresches* et *pagésies*, en Poitou et d'une façon générale « *compaignies* (2) » ; dans le Jura on trouve l'expression « *meix* (3) ; et on rencontre aussi les termes de *cottes*, *coteries* et *fraternités* (4) ainsi que les circonlocutions « vivre à frais communs... demeurer ensemble, être en communautés de biens, à commune bourse et dépense (5). » Ces dernières expressions, ainsi que le terme le plus ordinairement employé de « communautés » ou « sociétés taisibles » viennent de ce que ces associations se formaient sans convention par le seul fait de la confusion des biens et de la vie en commun.

Nous touchons là à un de ces caractères essentiels des sociétés taisibles, caractère qui est en même temps le principe fondamental de toute Gemeinderschaft zu Gesammter Hand. La société taisible de France, comme toute communauté en main commune, repose essentiellement sur une intime association des personnes qui trouve son expression dans une vie familiale en commun (6). La communauté tacite, d'après les principes de la Gesammte Hand, a pour base le lien personnel entre ses membres : elle naît au moment où il se noue, et elle cesse au moment où il se rompt.

(1) Cf. Lebrun : op. cit., p. 34. — Dunod : *Cout. de Francbe-Comté*, p. 644. — Laveleye : op. cit., p. 504. — Cf. cependant la *Cout. de Berry*, tit. VIII, art. 10 qui l'admet entre frères et sœurs.

(2) Sur l'étymologie de ce mot, cf. Pasquier, p. 804. — Troplong : op. cit., Préf., p. xxxvi et p. 197. — Beaune, III, p. 576.

(3) Encore aujourd'hui dans le Jura on trouve les expressions *meix*, *closerie*, *métairie*, *tenure vilaine* ou *mainmortable*. — Cf. Laveleye ; op. cit., p. 506.

(4) « Familles et fraternités », dit Coquille sur Nivernais, chap. XXII, art. 3. — Cf. Laveleye : op. cit., p. 504. — Lebrun : op. cit., p.

(5) Cf. Laveleye : op. cit., p. 400.

(6) Cf. *supra*, chap. I, p. 19, chap. IV, p. 355.

Beaumanoir (1) distingue cinq sortes de « compaignies », mais comme la plus périlleuse il nous indique la quatrième, c'est-à-dire celle qui se forme par le seul fait de la vie en commun pendant un an et un jour « par solement manoir ensemble à un pain et à un pot un an et un jour, puisque li meubles de l'un et de l'autre sont mêlés ensemble. » Il s'agit là de notre société taisible ; elle est la plus dangereuse, car ce simple fait de la cohabitation entraîne la communauté de tous les meubles, même dans le cas où un individu ou un parent pauvres aurait été recueilli simplement par charité et entretenu dans la même maison que son bienfaiteur pendant un an et un jour (2).

Voilà donc la condition essentielle de formation de ces sortes de sociétés ; la vie en commun, la cohabitation pendant un certain laps de temps. Par ce seul fait naît une situation juridique particulière, que Beaumanoir nous donne le moyen d'éviter par certaines précautions qui préviennent les conséquences de la vie commune.

Il est difficile de donner une plus grande efficacité à l'association des personnes ; nulle part, dans les communautés zu Gesammter Hand du même genre d'Allemagne et de Suisse, nous n'avons trouvé ce principe exprimé à un tel degré ; certes nous avons montré la vie en commun comme nécessaire à l'origine pour l'existence de la conception de la Gesammte Hand, mais nous n'avons pas vu ce simple fait de cohabitation avoir cette même puissance, et donner par lui seul, et sans convention, naissance à une institution juridique propre. Nous pouvons donc dire que dans les sociétés taisibles de France, l'une des conditions essentielles à la naissance des principes de la co-propriété germanique se manifeste au degré le plus efficace.

Cette cause de formation des sociétés taisibles se retrouve

(1) Chap. XXI, n° 628.

(2) Cf. Guy Coquille sur *Cout. Nivernais*, chap. VIII, art 7. « Ils contractent taisiblement compaignie, supposé qu'aucune chose n'en ait été convenue expressément entre eux... »

dans toutes les coutumes, sans exception, pendant toute la période où le droit coutumier est pur encore des influences postérieures du droit romain. Ces communautés naissaient dans toute la France sans convention, par le seul fait de la vie en commun pendant le délai, général aussi, d'un an et un jour (1).

Cette idée essentielle de cohabitation s'exprimait par ces mots « à un feu et à un pain — a commun pot sel et dépense — à un seul pot feu et chanteau (2). » Et ces expressions nous indiquent deux choses : d'abord que les communistes doivent avoir une demeure commune. Les membres de ces communautés vivaient ensemble sous le même toit ; et la même maison, désignée d'habitude sous le nom de « *celle* » (3), comprenait souvent plusieurs familles faisant partie de la même association (4). Et il fallait, en général, que cette habitation dans la même demeure fût non « feinte et simulée, mais corporelle et réelle (5) ». Aussi, la demeure séparée se rencontre-t-elle tout à fait exceptionnellement en Bourbonnais, et seulement lorsque la « mixtion des biens » était prouvée d'une autre façon (6), et en Auvergne où les communistes pouvaient habiter en différentes maisons, sans que le partage fût présumé, pourvu qu'ils vécussent en commun et qu'ils eussent « même pain et même sel ».

(1) Cf. Laveleye : op., cit., p. 501. — Beaumanoir: op. cit., chap. XXI, 625.— *Cout. Nivernais*, chap. XXII. art. 2. — Laurière : *Bibliothèque des Coutumes.* Coutume de Bourbonnais, p. 11.

(2) Le mot « chanteau » désigne un pain de forme arrondie, cf. Laurière : *Cout. de Paris,* t. II, p. 417. — Warnkoenig : op. cit., p. 150.

(3) Cette expression est restée dans les noms de villages tels que Mavrissel, Courcelles. etc.— Cf. Laveleye: op. cit., p. 500.

(4) Cf. un passage du journal des Etats généraux de 1484 rédigé par Jehan Masselin, qui nous montre une maison renfermant à elle seule dix ménages et 70 habitants.

(5) Dunod : *Traité de la Mainmorte,* pp. 98 et suiv. — Cf. *Nouvelle Cout. de Bourgogne*, tit. IX, art. 13.

(6) Beaune : op. cit., III, p, 576, note 3.

Ceci nous amène à un second principe connexe à la règle de la vie commune ; les termes des coutumes nous prouvent en effet qu'il ne suffit pas aux membres d'habiter ensemble : ils doivent, en outre, « avoir bourse et dépense commune et vivre au même feu et même pain ». Il ne leur suffit pas d'avoir même foyer et même habitation ; ils doivent avoir aussi même « pot » et même « pain » ; c'est-à-dire que l'idée de vie commune n'est pas réalisée seulement par l'habitation en commun, mais comprend encore la communauté de ménage, de bénéfices et de dépenses (1).

Cette association si intime, dans la vie journalière des personnes composant les communautés, était tellement essentielle à l'existence de l'institution, que si elle venait à cesser, la Gesammte Hand tombait aussi : le seul fait de ne plus vivre ensemble entraînait en général la dissolution de la compaignie, et c'est ce qui arrivait lorsque pendant un an et un jour les parsonniers avaient vécu comme « parsonniers à pain séparé » qu'ils avaient fait « feu et lieu à part » (2) et qu'ils s'étaient « séparés d'un feu et d'un pain et fait demeurance séparée, chacun en son chef (3) ».

Cette séparation s'effectuait dans une forme symbolique : le chef de la communauté prenait un couteau et partageait le pain en plusieurs morceaux « et partage en divers chanteaux (4). »

Et la règle était tellement sévère à l'origine que si même un seul des communistes venait à se séparer des autres, la compaignie était rompue à l'égard de ce dernier et le seigneur reprenait ses droits (5). L'exclusion de l'un des par-

(1) Dunod : op. cit., p. 90, p. 104. — *Cout. Franche-Comté*, p. 623.

(2) *Cout. de Nivernais*, chap. VIII, art. 13. — *Nouvelle revue historique de droit français et étranger*, pp. 798 et 799.

(3) Cf. Beaune : op. cit., I, p. 253.

(4) Cf. Troplong : op, cit. Préf. p. 36, n° 5 et p 197, n° 7. — Chabrol : sur *Auvergne*, t. II, p 499.

(5) Cf. Dumoulin, sur art. 9, chap. VIII, *Cout. de Nivernais*, p. 258.

sonniers s'appelait « mise hors de pain » et on disait « un parti tout est parti » (1) et le « chanteau part le vilain (2), ou ou encore d'après un vieux dicton :

> Le feu, le sel, le pain,
> Partent l'homme mortemain » (3).

On entendait par là, bien qu'il n'y eût pas de partage, que dès que l'un des associés l'un allait vivre en dehors, ou même sous le toit commun, mais en faisant un ménage distinct, le seigneur reprenait son droit d'échûte, tantôt quant aux meubles et conquêts du défunt seulement, tantôt quant à tous ses biens (4).

Ce principe, comme en Allemagne et en Suisse (5), fut atténué plus tard; il paraissait, en effet, particulièrement dur lorsque cette demeure separée était le résultat, soit du mariage de la fille, soit de l'absence du fils nécessitée par ses études ou son engagement dans les armées (6).

Aussi les jurisconsultes considérèrent peu à peu les fils absents comme faisant encore partie de la communauté, dont l'unité était maintenue fictivement (7).

Et pour que la fille ne perdît pas non plus son droit d'accroissement en se mariant, on se servit de différents expédients; tantôt on procédait au mariage « par échange »,

(1) Cf. Guy Coquille : *Question* LXX.

(2) Loysel : *Inst. Coutumières*, I, 75, p. 126.— *Cout. de la Marche*, art. 153. — *D'Auvergne*, chap. XXVII, art. 7. — *De Franche-Comté*, art. 99. — *de Bourgogne*, art. 90.— *de Nivernais*, chap. VIII, art. 13, — Cf. Laurière : *Glossaire*, Voc. Chanteau.— Beaune : op. cit., I, p. 261.

(3) Loysel : op. cit., I, 76, p. 127.

(4) Cf. *Cout. de Nivernais*, chap. VI, art. 18, chap. VIII, art. 9, 10, 13, 14.

(5) Cf. *supra*, chap. IV, p. 353, 354.

(6) Cf. Dunod : *Traité de la Mainmorte*, pp. 102 et suiv.

(7) Cf Dunod : op. cit., p. 104. — Troplong : op. cit. Préf., p. 45, n° 3. — Guy Coquille : *Question* LXX et sur *Cout. de Nivernais*, chap. VIII, art. 9, cf. *supra*, chap. I, p. 21, chap. IV, p. 355, 364.

c'est-à dire que la femme entrait dans la communauté de son mari à la place d'une parente qui la remplaçait dans la famille (1). Tantôt, comme en Franche-Comté, on rencontrait la coutume des « reprêts » ; la fille sauvait son droit d'accroissement quand elle passait la première nuit du mariage dans la maison commune, ou manifestait clairement l'intention de conserver son droit (2).

Si la condition de la vie en commun était essentielle, elle n'était cependant pas la seule. On en rencontre une autre très importante aussi : il fallait qu'entre les communistes il y eût « mixtion de biens », c'est-à-dire confusion de mobilier. Il fallait que chacun des parsonniers « ait apporté ses biens au fait commun de l'hostel... » (3); et Beaumanoir nous dit que si ces compagnies se forment ainsi « la raison en est le mélange des meubles » (4); c'est là une condition qui, outre la cohabitation, paraît de premier ordre à cet auteur coutumier, car il nous dit : « Il est bien réson que celui qui n'apporte rien en compaignie ne puisse rien demander par réson de compaignie » (5). Et c'est là en effet la cause pour laquelle les enfants et les serviteurs, qui n'ont pas de biens propres, ne font pas partie de ces communautés (6).

En outre la plupart des coutumes exigent qu'entre les membres qui vivent en commun et confondent leurs biens il y ait « volonté entre eux de communauté » (7). Il faut éga-

(1) La coutume du mariage par échange a duré jusqu'à nos jours; en 1839 on la rencontre encore en Gascogne. — Cf. Cohn : op. cit., note 410. — Dareste de la Chavanne : op. cit., p. 249.

(2) Cf. Dunod : op. cit., p. 114 et suiv.

(3) Guy Coquille : Sur art. 7, chap. VIII. *Cout. de Nivernais.*

(4) Op. cit., chap. XXI, n° 623.

(5) Op. cit., chap. XXI, n° 642.

(6) Cf. *Cout. de Sens*, 1555, art. 281. — Bourdot de Richebourg, III, p. 483; *d'Auxerre*, 1507, art. 162; idem, III, p. 509; *de Troyes*, 1509, art. 102; idem, III, p. 237. — Guy Coquille : *Question* LXV. — Laurière : *Cout. de Bourbonnais.* — *Bibliothèque des Cout.*, p. 11. — Glasson : op cit., p. 9.

(7) *Cout. de Dreux*, art. 52. — Cf. Beaune : op. cit., III, p. 576, n° 4.

lement que les parsonniers soient capables et « usans de leurs droits » (1), et en général qu'ils soient majeurs ; les mineurs sont ordinairement exclus, et ne font pas partie de la communauté de leur père (2).

A la fin du moyen-âge, ces communautés ou sociétés taisibles étaient en général des communautés de meubles et d'acquêts (3). Cependant il ne semble pas que ce fût là la forme première; d'après le véritable principe de la famille germanique dont elles étaient issues, elles ont vraisemblablement constitué à l'origine des communautés universelles ; Masuer n'en doute pas (4) et si Beaumanoir ne nous parle que de la communauté des meubles (5), l'acte de 1293 rapporté par Choppin (6) démontre qu'à cette époque encore, au moins entre frères, la société tacite s'étendait à tous les biens (7). Mais, depuis la rédaction des coutumes particulièrement, elle n'embrasse plus que les meubles et les ac-

(1) Guy Coquille : Sur art. 7, chap. VIII. *Cout. de Nivernais*, — Cf. *Cout. de Châteauneuf en Thimeray*, art. 79 ; *de Chartres*, 61 ; *de Bourbonnais*, art. 267 ; *de Troyes*, art. 101 ; *de Sens*, art. 179 ; *de Nivernais*. chap. XXII, art. 2 ; *de Poitou*, art. 23.

(2) Cf. Lebrun : op. cit., p. 20. — Dunod : *Cout. de Franche-Comté*, p. 637. — Guy Coquille : *Question* LXV et XC cf. sur art. 7, ch. VIII. *Cout. de Nivernais* qui exige l'âge de 25 ans; par exception seulement, cette coutume permet aux fils de 14 ans et aux filles de 12 ans de former une communauté avec le survivant de leurs père et mère et les parsonniers de ceux-ci. — Cf. *Cout. de Montargis*, tit. IX, art. 1 ; de *Chartres*, art. 61 ; *de Dreux*, art. 52 ; *de Châteauneuf en Thimeray*, art. 7 ; *de Bourbonnais*, art. 267.

(3) Cf. *Cout. de Troyes*, art. 101 ; *de Sens*, art. 279 ; *de Nivernais*, chap. XXII, art. 3 ; *de Bourbonnais*, art. 267 ; *de Berry*, tit. VIII, art. 10 ; *de Poitou*, art. 231 ; *d'Auxerre*, art. 201. — Dunod : op. cit., p. 641.—*Traité sur la Mainmorte*, p. 85.—Laurière : op. cit. Cout. de Bourbonnais, p. 11.

(4) Op. cit., tit. XXVIII, §§ 14 et 15.

(5) Op. cit., chap. XXI.

(6) Sur Paris, p. 146.

(7) Cf. Chasseneuz : Sur art. 13, tit. IX. *Cout. de Bourgogne*. — Lebrun : op. cit., p. 18. — Loysel : op. cit., I, p. 124. — Chabrol : Sur art. 189. *Cout. d'Auvergne*. — Beaune : op. cit., I, p. 574, 575, 262.

quêts seuls. Les immeubles héréditaires en sont exclus et restent propres aux parsonniers, ainsi que les bâtiments élevés par les associés sur leurs immeubles, à charge, pour les propriétaires, de rembourser à la compagnie la dépense faite en commun (1) ; il en est de même des immeubles provenant d'une donation d'ascendant (2), et des biens patrimoniaux achetés par l'association lorsque ces biens appartenaient à la famille de l'un des membres ; celui-ci les reprend à charge de récompense (3

A côté de ces propres, qui sont clairement distingués des biens communs (4), ces derniers forment une seule masse constituée à l'état de patrimoine indépendant et séparé ; en effet, à l'occasion des biens mis en commun, les créanciers ne pouvaient se faire payer que sur ces biens et non sur les autres dont les associés étaient propriétaires (5).

Et cette entité juridique appartient à l'unité de la Gesammte Hand, c'est-à-dire aux membres qui composent la communauté : car ceux-ci, qui dans leur ensemble apparaissent à l'extérieur comme un sujet unique, forment en réalité, d'après les vrais principes de la propriété en main commune (8) une collectivité, et ils sont les véritables propriétaires du fonds commun. Il n'y a pas d'hésitation possible sur l'existence de cette forme du sujet dans les sociétés taisibles ; Guy Coquille nous en indique le caractère avec autant de netteté que s'il avait connu les principes de la Gesammte Hand : « Ce sont, dit-il, vraies familles et collèges, qui, par considération de l'intellect, sont comme un corps composé de plu-

(1) Cf. *Cout. de Bourbonnais*, art. 276 ; *de Nivernais*, chap. XXII, art. 3.

(2) *Cout. de Saintonge*, art. 158 ; *de Bourbonnais*, art. 275 ; *d'Orléans*, art. 217.

(3) *Cout. de Bourbonnais*, art. 273 ; *de Nivernais*, chap. XXII, art. 7.

(4) Cf. Dunod : *Traité de la mainmorte*, p. 91.

(5) Cf. Beaumanoir : op. cit., chap. XXII, n° 623. — Glasson : op. cit., p. 6.

(6) Cf. *supra*, chap. I, pp. 38 et suiv.

sieurs membres, combien que les membres soient séparés l'un de l'autre, mais par fraternité, amitié et liaison économique font un seul corps » (1). Et cette unité se retrouve encore à l'époque de la Révolution dans les « meix » du Jura, où l'individu se trouvait si complètement engagé dans la communauté qu'il n'avait pas même de nom de famille (2).

Il n'y a pas là, dans cette construction, un être moral distinct des membres et propriétaire de ce patrimoine séparé ; ce sont les membres eux-mêmes qui dans leur union forment un seul sujet de droits, à la fois un et collectif (3).

Mais le droit de propriété de chacun des parsonniers est indéterminé ; on ne saurait dans l'intérieur de cette masse commune distinguer pendant la durée de la communauté des quotes-parts arithmétiques, appartenant à chacun des membres ; cette quotité sera révélée seulement par le partage et, suivant qu'à cette époque il y aura plus ou moins de membres survivants, la part des communistes sera plus ou moins élevée.

La preuve en est que, tant que durait la communauté, il n'y avait pas de quote-part transmissible héréditairement, que le seigneur pût recueillir par droit d'échûte, ou qui pût revenir aux héritiers non parsonniers par droit de succession ; le principe était, au contraire, comme nous le verrons tout à l'heure, un droit d'accroissement entre les communiers survivants. Et de même qu'ils n'ont pas de droit transmissible héréditairement, les Gesammthænder ne peuvent prétendre à aliéner leur part (4).

Et une autre preuve que les parts des divers associés sont indéterminées se rencontre encore dans le mode de jouis-

(1) Guy Coquille : *Question*, LVIII.

(2) Cf. Laveleye : *La propriété collective du sol en différents pays*, p. 20.

(3) Cf. *supra*, chap. IV, p. 360. *contra* Troplong : op. cit., préf., p. 36. — Beaune : op. cit , I, p. 404.

(4) Cf Lebrun : op. cit., p. 32.

sance des biens communs, ainsi que dans la communauté des bénéfices et des pertes.

Chacun des communiers avait droit à la jouissance de la fortune commune; et cet avantage n'était pas proportionné à une quantité déterminée; le seul principe était que chacun pouvait faire usage des biens et prenait part au ménage commun selon les nécessités que lui imposaient ses besoins journaliers; et peu importait qu'il fut célibataire ou au contraire marié, et, dans ce cas, qu'il fût sans enfants ou qu'il eût au contraire une nombreuse famille. Le travail, même le plus productif, de l'un des personniers, ou les services particuliers qu'il pouvait rendre à la communauté n'étaient pas la raison, pour ce dernier, d'un droit plus étendu; peu importait que l'un d'eux travaillât ou point; et il y avait des vieillards qui ne rendaient plus aucun service et qui cependant avaient droit aux fruits des biens communs. Car, dans cette communauté intime, les gains provenant de l'un des associés profitent à tous les membres indistinctement; toutes choses qu'un associé entreprend au bénéfice de la communauté « reviennent au profit commun » (1), et de même tous les communistes sont obligés de supporter les pertes occasionnées par l'un d'eux : « en tel cas ils peuvent perdre ou gaigner par raison de compaignie » (2), et il y a « communication de tous les revenus et de tous les gains qui viennent de l'industrie des parents... » (3). Enfin s'il y avait une quote-part déterminée appartenant à chaque communiste avant tout partage comment pourrait-on expliquer ce fait qu'à la mort d'un personnier, lorsque celui-ci laissait des enfants, ceux-ci entraient dans la communauté, chacun d'eux non pas en proportion d'une fraction de la part qui serait revenue à leur père, mais avec un droit égal à ceux des autres communistes?

L'administration de ce patrimoine commun revint de très

(1) *Cout de la Marche*, art. 347.

(2) Beaumanoir : op. cit., chap. 21, n° 628.

(3) Dunod : op. cit., p. 91. — *Cout. du Berry*, chap. VIII, art. 10.

bonne heure, d'après la forme secondaire de la Gesammte Hand (1), à un chef désigné par l'élection ou souvent par l'âge (2), et qui s'appelle *monistre*, *chef du chanteau*, *chef et gouverneur* et surtout *maistre de communauté* (3). Et à côté de lui en général se trouvait pour l'entretien du ménage la « *maîtresse* » ou « *majorissa* », qui ne pouvait cependant être la femme du chef (4).

D'après les principes de la Gesammte Hand le maistre « a pouvoir d'obliger ses parsonniers en choses mobilières » (5), et « lui seul est nommé ès rolles des tailles et autres subsides » (6). Il représente donc la communauté, oblige tous les communistes, administre librement et dispose de même des objets mobiliers ; les associés doivent lui obéir (7).

Cependant pour les actes les plus importants l'action mit Gesammter Hand reprend sa place ; le chef est tenu alors au consentement de tous les membres ; et il contracte dans ce cas sous une véritable raison sociale « *un tel et ses comparsonniers* », ou bien ce sont tous les associés qui agissent *nomine communi* (8). En général, dans ces occasions, « il doit prendre leur avis sur les affaires importantes ou les y faire intervenir » et particulièrement lorsqu'il s'agit d'aliéner ou d'hypothéquer les acquêts immobiliers il ne pouvait le faire « sans la procuration » des associés (9).

(1) Cf. *supra*, chap. I, p. 57, chap. IV, p. 356, 367.

(2) Cf. Dunod : *Cout. de Franche-Comté*, p. 645.

(3) Cf. Guy Coquille : sur art. 3, chap. XXII, *Cout. de Nivernais*.

(4) Cf. Beaune : op. cit., III, p. 574.

(5) Guy Coquille : *Question LVIII*.

(6) Guy Coquille : loc cit.

(7) Cf. *Cout. de Berry*, chap. VIII, art. 22 ; *de Bourbonnais*, art. 260 ; *de Nivernais*, chap. XXII, art. 5.

(8) Cf. Guy Coquille : sur art. 3, chap. XXII, *Cout. du Nivernais* et *Question LXXXVII*. — Laurière : op. cit., p. 126. — Troplong : op. cit., chap. IV, nº 4. — Beaune : op. cit., III, p. 577. — *Cout. de Saintonge*, art. 58. — *Usances de Saintes*, art. 73. — Arrêt du Parlement de Bordeaux de 1610.

(9) Dunod : op. cit., p. 645. — Beaune : op. cit., III, p. 578., cf. *supra*, chap. I, p. 62, chap. IV, p. 367.

Lorsque l'un des communistes meurt, nous retrouvons dans les sociétés taisibles un principe qui nous permet de conclure sans hésitation à l'existence de la Gesammte Hand ; nous avons vu en effet, que le droit d'accroissement entre Gesammthænder est tellement caractéristique, que Stobbe conclut, chaque fois que l'on rencontre ce droit particulier de succession que l'on doit affirmer se trouver dans le cas d'une communauté en main commune (1).

Ce principe est l'une des caractéristiques de nos compaignies : à la mort de l'un des communiers, les autres parents restent en communauté et excluent tous les autres héritiers qui ne sont pas personniers, même les enfants qui ne se trouvent pas en puissance paternelle (2). Nous avons vu l'importance de cette règle à l'égard des serfs et des mainmortables, dont la succession, d'après le droit pur, aurait dû retourner au seigneur : « serfs ou mainmortables ne peuvent tester, et ne succèdent les une aux autres sinon tant qu'ils sont demeurant en commun (3) ».

Mais ce principe était général à toutes les sociétés taisibles et on le retrouve dans presque toutes les coutumes (4) ; à tel point que Troplong le désigne comme « grand principe du droit coutumier (5) ».

Il n'y avait pas dans cette règle un droit de succession particulier ; il ne s'agissait que d'un droit d'accroissement d'après les principes de la copropriété en main commune. C'est parce que le bien commun formait une masse distincte, dans laquelle n'existait pas avant tout partage de quotes-parts déterminées et par suite transmissibles héréditairement, que ce bien commun subsistait dans son intégralité comme pro-

(1) Stobbe : *Zeitschr. f. Rechtsgesch*, IV, nº 4, cf. *supra*, chap. I, p. 54.

(2) Cf. Dumoulin : sur art. 226, *Cout. de la Marche.* — Guy Coquille : *Questions LVII* et *LXVIII.* — Laveleye : op. cit., p. 501.

(3) Loysel : op. cit., I, 74 p. 122. — Cf. *supra*, chap. IV, p. 388.

(4) Cf. Warnkœnig : op. cit., II, p. 160.

(5) Op. cit. Préface, p. 11.

priété de la Gesammte Hand survivante, et que les non-communistes, le seigneur ou les autres héritiers, ne pouvaient prétendre à recueillir le droit du défunt (1).

C'est dans ces termes même que le principe nous est présenté par les coutumes ou les auteurs. La coutume du Loudunois, à l'égard des biens nobles, dit que « la portion dudit décédé *accroît* aux autres puînés » (2) ; Loysel, d'une façon générale, nous apprend que « la portion du décédé appartient au survivant par une espèce de *droit d'accroissement* » (3) et Laurière, ajoute que les communiers se succèdent « parce qu'ils possèdent comme solidairement leurs biens, de sorte que la portion de celui qui décède appartient au survivant par une espèce de *droit d'accroissement* » (4).

Si le communiste défunt laissait des enfants, ceux-ci entraient de plein droit dans la communauté (5). Et nous avons vu que ce droit d'accroissement s'éteignait lorsque l'un des communistes se retirait de la maison commune (6).

En principe, ces sociétés taisibles étaient conclues pour la vie de leurs membres. Cependant il n'était pas de leur essence d'être indissolubles ; elles pouvaient en général prendre fin sur la demande de l'un de leurs membres, et nous avons même constaté que ce résultat pouvait être obtenu tacitement par le simple départ d'un membre, qui rompait la communauté (7).

Le partage, dans ces cas, avait lieu en général par parts égales entre les membres vivants à cette époque (8) ; c'est

(1) Cf. *supra,* chap. I, p. 54, chap. IV, p. 359, 367.

(2) Tit. XXVII, art. 7.

(3) Op. cit , p. 124.

(4) Sur Loysel : p. 128. — Cf. dans le même sens : Laveleye : op. cit., p. 499, p. 501. — Beaune : op. cit., I, p. 260.— Warnkœnig : op. cit., liv. II, chap. I.

(5) Cf. Beaune : op. cit., I, p. 404.

(6) Cf. *supra,* chap. IV, p. 399.

(7) Cf. *supra,* chap. IV, p. 399. Dunod : *Traité de la Mainmorte* pp. 91 et suiv.

(8) Cf. *Cout. d'Anjou,* art. 618. — Beaune : op. cit., III. p. 580.

là une preuve encore qu'aucun communiste n'avait pendant la durée de la communauté une part déterminée et qu'au partage seul on pouvait savoir, d'après le nombre des communistes, quelle était la quotité à laquelle il avait droit.

Section IV

D'après la connexité que nous venons d'établir, par l'exposé de leurs règles, entre nos sociétés taisibles et les Gemeinsderschaften de Suisse et d'Allemagne, il nous semble impossible de douter que nos communautés rurales, nées de la même famille germanique, ont été jusque dans leurs derniers vestiges modernes, un cas d'application des plus frappants de la conception juridique de la Gesammte Hand.

C'est là, pour notre opinion que la communauté entre époux de nos coutumes, et par suite de notre Code civil, constitue une copropriété en main commune, un point d'appui solide et inébranlable. Car nous allons montrer que la communauté entre cohéritiers et la communauté entre époux ont une origine identique ; ce qui peut se supposer logiquement, en vertu de la ressemblance constante que l'on peut relever, pendant toute leur durée, entre les principes de ces deux institutions coutumières.

La question de l'origine de notre communauté entre époux est aussi discutée que celle du point de départ de nos sociétés taisibles, et a entraîné nombre de réponses divergentes. Il est vrai qu'il est malaisé, sur ce point, d'appuyer une opinion sur des textes, car la pénurie de documents rend la question obscure ; les renseignements historiques pour l'époque où la communauté a dû se développer font en effet complètement défaut. Les sources qui nous parlent de la communauté entre époux ne remontent pas au delà du xiii[e] siècle, et elles nous montrent déjà la communauté de meubles et de conquêts comme établie. Un seul document,

les Assises de Jérusalem, semblerait être antérieur à cette époque : mais nous avons vu (1) qu'il ne faut s'en servir qu'avec prudence, le texte que nous possédons ne pouvant être avec certitude considéré comme datant réellement de cette époque reculée.

D'après une théorie ancienne longtemps la plus habituelle, notre système coutumier remonterait aux Gaulois, et on en trouverait la preuve dans un fragment de César (2). Cette opinion renouvelée de Guy Coquille (3) et de Renusson (4) a été principalement soutenue dans les discours et les rapports des orateurs du gouvernement sur ce titre du Code civil, ainsi que postérieurement par Pardessus (5).

Mais il est à remarquer que si cette opinion était exacte, il serait étonnant dans ce cas que la communauté entre époux se fût maintenue seulement dans les pays coutumiers. Et d'ailleurs le régime celtique que l'on prend comme base de notre système coutumier est en fait fort différent d'un régime de communauté ; dans le texte de César il est difficile de trouver une idée de communauté, on ne peut découvrir que le principe d'une masse de biens qui appartient au survivant et qui représente en réalité un véritable gain de survie (6).

Il faut tenir compte en outre, pour repousser cette théo-

(1) Cf. *supra*, chap. III, p. 249, note 1.

(2) *Commentar.* Lib. IV, cap. XX : « Viri quantas pecunias ab uxoribus, dotis nomine acceperunt, tantas ex suis bonis æstimatione facta, cum dotibus communicant. Hujus omnis pecuniæ conjunctim ratio habetur, fructusque servantur ; uter eorum vita superarit, ad eum pars utriusque cum fructibus superiorum temporum pervenit. »

(3) Sur art. 2, chap. XXIII, *Cout. de Nivernais* : « Ce droit de communauté de biens a pris son origine du temps des anciens Gaulois. »

(4) *Traité de la communauté*, chap. I.

(5) *Loi Salique.* Dissertation 13.

(6) Cf. Ginoulhiac : op. cit., p. 161. — Laferrière : *Histoire du Droit français*, t. I, p. 143. — Troplong : *Contrat de mariage*. Préf. p. XCIX.

rie, de ce fait qu'en Allemagne, où l'on ne s'est certes pas basé sur une semblable source pour l'expliquer (1), la communauté entre époux était presque aussi répandue qu'en France. D'ailleurs en France même, cette thèse n'aurait jamais eu de partisans si les recherches historiques n'avaient pas été si tardives et si encore aujourd'hui une classe d'écrivains ne s'étaient pas donné tant de mal, par un sentiment de chauvinisme un peu exagéré, pour trouver à notre droit français une base propre et indépendante de toute influence germanique.

Un autre système, qui a rencontré beaucoup moins d'adeptes, avait cru trouver l'origine de notre communauté dans un texte du Digeste (2) ; il n'y a guère que Bouhier (3) et Laurière (4) qui aient soutenu cette opinion. Et de même que la puissance maritale serait dérivée de la *manus* latine, ces auteurs soutenaient que la communauté serait d'origine romaine ; ils s'appuyaient sur ce fait que chez les Romains le mariage se faisait « per coemptionem » et que chez les Francs aussi il se contractait « per emptionem », c'est-à-dire « per solidum et denarium ».

Je renvoie aux explications si claires de M. Lefebvre (5) et de M. Saleilles (6) qui ont démontré péremptoirement qu'à Rome il n'y avait dans le mariage qu'un régime d'autorité sans aucun principe d'association entre époux quant aux biens. Et il y a loin entre la dos romaine et notre régime coutumier.

Une nouvelle théorie croit trouver la base première de la

(1) Cf. *supra*, chap. II. p. 131. — Warnkœnig : op. cit., t. II, liv. II, chap. II.

(2) L. 16, § 3. « Qui societatem omnium bonorum cum uxore sau per annos amplius quadraginta habuit... »

(3) *Cout. de Bourgogne*, t. I, p. 175.

(4) *Cout. de Paris*, t. II, tit. X, p. 185. — Cf. *Glossaire*, voc. communautés.

(5) Cours 1897-1898. Leçon du 16 novembre 1897.

(6) Cours 1899-1900. Leçon du 16 novembre 1899. Cf. Lebrun : *Traité de la communauté*, p. 2.

communauté des coutumes du XIIIe siècle dans une influence prépondérante du christianisme et de l'Eglise, qui, en s'appuyant sur les textes de l'Ecriture, aurait développé le régime germanique dans le sens d'une intime association des biens, en établissant le principe de l'action commune des époux pour tous les actes importants de la vie conjugale. Soutenue par Dunod (1) et dans la thèse de M. Louis Passy (2), elle a été de nos jours brillamment défendue par M. Lefebvre (3).

Certes, les conclusions auxquelles l'éminent professeur aboutit à l'égard de la situation respective des époux, sont fort en harmonie avec les principes que nous avons constatés jusqu'ici dans le régime de nos coutumes, et que nous adoptons d'ailleurs. Mais il ne nous semble pas qu'il y ait dans cette théorie une base historique suffisante. Sans vouloir nier entièrement l'influence que les idées chrétiennes ont pu avoir sur le développement du régime de la communauté, et sans vouloir entrer dans la critique de ce système, qu'on nous permette cependant d'observer que cette direction exclusive attribuée à l'Eglise nous paraît excessive ; même avant l'apparition du christianisme, le mariage semble, en vertu du principe d'association que l'on retrouve dans toutes les institutions juridiques de l'époque germanique, avoir déjà été compris comme une société très intime du mari et de la femme (4).

Et comment se fait-il alors, si l'Eglise a developpé le principe de l'égalité des époux, que les partisans mêmes de la théorie soient obligés de reconnaître que les principes postérieurs, qui ont rabaissé au XVIe siècle le rôle de la femme considérée comme un être dangereux et faible (5), viennent également en partie, au moins, de ce souvenir chrétien

(1) *Cout. de Franche-Comté*, p. 368.

(2) *Les origines de la communauté*, Thèse Paris, 1857.

(3) Op. cit., Leçons du 18 décembre 1897 et s.

(4) Cf. Bluntschli : *Deutsch. Privatr.*, § 193.

(5) Cf. *supra*, chap. III, p. 319.

qu'Eve avait perdu le genre humain ? Il y a là nous semble-t-il une contradiction, et il faudrait admettre qu'à deux époques successives l'Eglise aurait eu une influence absolument opposée.

Enfin, si c'est le développement des principes chrétiens qui a été l'origine de notre régime matrimonial de droit commun, il est assez inexplicable que la communauté soit née et se soit développée d'une façon tout à fait prépondérante dans le Nord de la France, région particulièrement soumise à l'influence germanique, et où la doctrine chrétienne s'est répandue plus tardivement que dans le Midi ; dans cette dernière partie de notre pays au contraire, c'est l'Eglise qui a eu de bonne heure la direction des mœurs à côté du droit romain (1) ; il eût donc été très naturel que la communauté entre époux fût née et se fût développée dans cette région méridionale d'abord. Or on est obligé de constater le contraire ; et il est remarquable en outre que les parties du Midi de la France dans lesquelles on rencontre notre régime, comme Toulouse et Narbonne, étaient les pays où s'étaient établis les Wisigoths, c'est-à-dire des Germains.

Aussi semblerait-il plus exact de suivre une opinion qu'ont soutenue de nombreux érudits (2), et qui trouve la base du régime de communauté dans le système conjugal des Lois Barbares avec mundium du mari et dot de la femme.

Mais l'institution germanique est loin de ressembler à la communauté ; il n'y a en fait encore qu'un système de « Gütereinheit » ou « union des biens », avec mundium du mari sans véritable principe de société. Et il semble vraiment difficile de faire sortir un régime d'association d'un simple régime d'autorité. Telle qu'on la trouve dans les coutumes,

(1) Le christianisme apparaît en effet en Gaule vers l'an 250, et les premières traces de cette religion se trouvent dans le Midi.

(2) Ginoulhiac : op. cit., p. 162 et s. — Laboulaye : op. cit., p. 141 et s.— Olier : op. cit., p. 34 et s. —Shaeffner : op. cit., II, chap. X. — Heusler : *Inst.*, II, § 135.

la communauté ne correspond pas aux principes juridiques germaniques sur cette matière, et le développement de ces derniers aurait conduit à une forme opposée, ainsi qu'on peut le constater, dans les régions où le régime conjugal germanique, conservé dans sa pureté, a donné naissance au système du Sachsenspiegel (1), et à celui de la coutume de Normandie.

C'est que dans ces contrées les principes du droit franc et de la Loi Salique ont eu peu d'influence et par suite le régime d'une communauté zu Gesammter Hand entre cohéritiers à la mort du père n'y a pris qu'une très minime extension. Aussi le mundium germanique a ici gardé son véritable caractère, et ces coutumes ont conservé le régime sans communauté des Germains.

Il y a donc, en dehors et au-dessus de la forme première de l'union des biens germanique, à rechercher un principe juridique dominant qui a transformé cette situation originaire des époux dans le mariage en un régime d'association sur un pied d'égalité. Et, ainsi que nous venons de le laisser entrevoir, ce principe, il faut le chercher dans le droit franc ; c'est dans la Gesammte Hand, dont la première application avait été la communauté entre frères (2), que se trouve le développement postérieur de notre régime de communauté. Et voici quel est à cet égard l'opinion qui nous semble la plus proche de la vérité historique.

Comme pour les sociétés tacites, le germe de la communauté entre époux se trouve dans la famille germanique et franque. Nous avons déjà observé que les principes familiaux se sont très profondément enracinés chez nous sous l'influence des Francs, et nous en avans montré la persistance à travers les siècles jusqu'à nos jours (3). Il est donc pleinement admissible qu'en notre matière la conception

(1) Cf. *supra*, chap. II, pp. 131 et ss. — Warnkoenig : op. cit., II, l. II, chap. 2. — Laferrière : op. cit., I, p. 144 et s.

(2) Cf. *supra*, chap. I, pp. 11 et ss., chap. IV, p. 352.

(3) Cf. *supra*, chap. III, p. 254 et ss., chap. IV, p. 281 et ss.

franque de la famille ait pu avoir en France la même direction prépondérante qu'en Allemagne.

Tant que vit le père de famille, il n'y a pas entre les membres de la famille une véritable communauté (1) ; mais lorsque le Hausherr meurt, en vertu d'une règle coutumière constante en matière de succession familiale, et aussi pour satisfaire plus aisément aux besoins de l'agriculture ainsi qu'aux nécessités de la vie, des héritiers laissent dans l'indivision le patrimoine familial, et forment ainsi une communauté en main commune qui est notre société taisible (2).

Il faut bien remarquer qu'à l'origine, les droits de la femme sur la masse commune n'étaient représentés que par un simple droit de succession pour l'époque de la dissolution du mariage, droit qui pouvait s'assimiler à celui des frères à la mort du père de famille ; et par suite, durant l'union conjugale, l'épouse se trouvait en face du mari, à l'égard du patrimoine familial, dans une situation identique à celle des enfants en face du père ; et c'est pourquoi, lorsque le mariage se dissolvait par la mort du mari, il se formait souvent une communauté en main commune entre la mère survivante et les enfants ; il y avait là une société taisible constituée exactement d'après les mêmes principes qu'entre cohéritiers seuls ; la mère y prenait part à titre d'héritière.

Mais, peu à peu, ce droit de succession de la femme mariée se transforma en un droit de propriété sur le patrimoine commun, existant déjà pendant la durée de l'association conjugale. Cette idée d'un droit de propriété pendant le mariage avait trouvé son origine, nous l'avons vu (3) dans le Morgengabe conventionnel, lequel donnait à la femme mariée sur les biens du mari un droit imprécis mais très fort, qui permettait à celle-ci d'en surveiller l'aliénation ; de ce droit naquit peu à peu l'idée d'une propriété à ces biens pendant le mariage, et lorsque le Morgengabe ou la dot se trouvèrent

(1) Cf. *supra*, chap. IV, p. 351.

(2) Cf. *supra*, chap. IV, p. 353, 354, 362, 391 et ss.

(3) Cf. *supra*, chap. II, p. 124. — Chap. III, p. 277, 292.

assignés sur une part des acquêts, ceux-ci cessèrent d'être considérés, ainsi qu'à l'origine, comme appartenant au mari seul ; l'idée de collaboration, qui se fait jour de bonne heure dans la Loi Ripuaire, prit la place de l'idée de propriété exclusive du mari, et l'on vit dans les acquêts des biens appartenant en commun au mari et à la femme ; à l'époque des formules de Marculfe on peut conjecturer que ce droit de copropriété de la femme durant le mariage existait déjà, au moins pour un tiers, puisque on y voit la femme faisant à son mari donation de cette part (1). La communauté d'acquêts dans cette proportion se trouve établie à l'époque de Dagobert (2). Et il paraît certain que sous la seconde race, cette part de la femme dans les conquisita, par une pensée d'égalité propre au droit franc, fut porté à la moitié comme le font entendre les capitulaires (3).

De même qu'à l'époque où la femme n'ayant qu'un droit de succession se trouvait dans la situation d'un enfant pendant le mariage, et d'un cohéritier à la dissolution, il fut tout naturel, lorsqu'il lui fut donné un droit de propriété pendant l'union conjugale, de comparer sa nouvelle position à celle qui lui était attribuée antérieurement à la mort du mari seulement, et de la soumettre déjà pendant la vie de ce dernier aux principes qui régissaient les rapports des ayants droit égaux restant dans l'indivision à la mort du Hausherr ; le mari et la femme, par suite du droit de propriété immédiat de celle-ci, devenaient des ayants droit égaux pendant le mariage, et le mundium marital se trouva remplacé, par analogie, par la Gesammte Hand des époux, dans la même forme que les Ganerbschaften entre frères, ou entre le survivant et les enfants, c'est-à-dire dans la forme générique de la société taisible.

(1) Cf. Formules VII de Marculfe.— L. de Lindenbrog.

(2) *Les Gestes de Dagobert*, chap. 47, nous apprennent qu'à la mort de celui-ci on attribua à sa veuve « tertiam partem de omnibus quae Dagobertus rex adquisierat postquam Nanthildis regina regnare coeperat ». Cf. Heusler : op. cit., II, p. 304 et s.

(3) Cf. Liv. IV, chap. 9 et liv. V, chap. 195.

Sous l'effet du principe de la collaboration et de la dot constituée sur les acquêts, il se forma donc d'abord entre mari et femme une simple communauté zu Gesammter Hand des acquêts. Mais sous l'influence des autres sociétés taisibles qui se formaient non seulement par le fait d'une cohabitation prolongée, mais en outre par la mise en commun du mobilier, qui constituait un des élément de la masse conjugale (1), la propriété commune des époux aux acquêts fut tout naturellement étendue aux meubles par une assimiliation complète des deux institutions de même origine. Ce résultat, dont on ne peut préciser la date, est très certainement un fait accompli au XIIIe siècle, car l'ordonnance de Philippe-Auguste, de 1219, nous prouve qu'elle existait à cette date (2). Nous trouvons ainsi l'origine naturelle de cette communauté du mobilier, si difficilement explicable dans les autres systèmes.

Nous concluons donc, en disant que la communauté entre époux n'est qu'une variété des sociétés taisibles, et que par suite il est tout naturel d'affirmer que les principes de la Gesammte Hand, qui régissaient les sociétés taisibles (3), étaient le fondement, ainsi que nous l'avons montré (4), du régime coutumier des biens entre époux.

Et cette conclusion ne paraîtra pas étrange pour quiconque aura étudié ces régimes de communautés d'Allemagne et de Suisse et les aura comparés au nôtre ainsi qu'aux Gemeinderschaften du moyen-âge de ces pays ; les ressemblances entre ces deux institutions familiales des trois nations voisines sont frappantes, au point qu'elles ne paraissent en faire qu'une.

(1) Cf. *supra*, chap. IV, pp. 401 et ss.

(2) Cette ordonnance, qui n'eut point cours en dehors de la Normandie, restreignait dans cette région la communauté de meubles et d'acquêts. — Cf. Laferrière : op. cit, I, p. 148. — Warnkoenig : op. cit., II, liv. II, chap. 2.

(3) Cf. *supra*, chap. IV, pp. 396 et ss.

(4) Cf. *supra*, chap. III, pp 278 et ss.

Aussi l'idée que nous venons d'émettre sur l'origine de la communauté est-elle acceptée sans hésitation par les auteurs Allemands et Suisses modernes, et tous nous disent que parmi les communautés de famille construites sur le principe de la Gesammte Hand, la principale est la communauté entre époux (1).

D'ailleurs il faut constater que la nature même du mariage de cette époque primitive conduisait tout naturellement à assimiler le régime des biens à une Gemeinderschaft entre frères, car cette collaboration, qui avait développé l'ancien droit de succession de la femme jusqu'à un véritable droit de copropriété germanique, était entre les époux aussi réelle que dans les sociétés taisibles ; car dans le mariage chacun des conjoints a une occupation à remplir, au même titre que les communs personniers dont Guy Coquille nous dépeint les attributions (2) : pendant que le mari travaille aux champs, la femme file, s'ocupe du ménage, élève les enfants.

Joignez à cela que les ménages isolés étaient rares à l'origine, la plupart du temps au contraire ils faisaient partie d'un groupe familial plus étendu. Ainsi que le fait remarquer M. Huber (3), à cette époque ancienne, le mariage n'avait pas une signification particulière à côté de la famille, de la communauté ; il n'était que l'événement qui fournissait le moyen de la créer. Il était donc tout naturel que les principes qui réglaient les rapports des membres de la famille quant au patrimoine commun fussent appliqués aux apports du mari et de la femme à l'égard du patrimoine commun entre eux et qui formaient un propre eu égard de la communauté plus étendue, surtout à une époque où la société tacite, et l'association en général, s'étaient multipliées à

(1) Cf. Giercke : *Deutsch. Privatr.*, p. 670. — Heusler ; op. cit., p. 235. — Huber : *Schweiz. Privatr.*, t. IV, § 121. — *Supra*, chap. II, p. 143, chap. IV, p. 352.

(2) Guy Coquille. *Question* LVIII.

(3) *Schweiz. Privatr.*, t. IV, p. 256.

outrance (1). Et il serait peu probable que l'on eût appliqué à la communauté entre époux un autre principe, car l'institution de la propriété en main commune semble bien avoir été la seule forme juridique connue et adoptée pour les différents modes d'association : les mots *compaignie, communauté, société* sont employés indifféremment pour diverses institutions juridiques dont les règles sont tellement semblables que tous les auteurs du moyen-âge en traitent en même temps et en se servant des mêmes termes sans distinctions (2). Et nous pouvons donc conjecturer, lorsque Pothier nous dit que la communauté entre homme et femme est « une espèce de société » (3), qu'il n'a en vue qu'une des applications du principe général de la propriété en main commune.

Cette similitude d'origine entre la communauté entre époux et la société taisible, nous explique pourquoi, au cours de l'histoire de ces deux institutions juridiques, tant de ressemblances se relèvent entre elles dans les règles des coutumes. C'est que toutes deux sont des Gemeinderschaften zu Gesammter Hand, et il n'y a que des principes identiques pour deux institutions sœurs nées de la même conception de la communauté de famille.

Déjà, dans la structure générale de ces deux institutions on aperçoit une grande ressemblance. En effet, le but même de ces deux formes de collectivité est le même : les sociétés taisibles n'étaient que de petites sociétés de production, essentiellement familiales, composées de gens qui cherchaient uniquement à conserver le fonds social, qu'ils cultivaient en commun, pour qu'il subvînt à leurs nécessités, sans aucune intention de réaliser des bénéfices ; ils ne songeaient qu'à faire rendre davantage à la terre afin d'améliorer leur situation. N'est-ce pas là aussi le caractère de la communauté entre époux ? Le patrimoine commun n'y est pas destiné à

(1) Cf. Troplong : op. cit. Préf., pp. cxx, cxxii.
(2) Cf. *infra*, chap. IV, p. 429 et ss.
(3) *Cout. d'Orléans*, t. X, I.

enrichir ses propriétaires ; les époux n'ont en vue aucune idée de spéculation ; leur pensée essentielle, c'est que ce bien produise suffisamment pour leur permettre d'élever convenablement les enfants (1).

Et remarquez en outre combien le mode de jouissance du bien commun qui appartient aux membres est le même dans ces deux sortes de sociétés : les communistes ou les époux ne se heurtent pas à une limite déterminée dans l'exercice de ce droit : ils usent du fonds social et de ses produits selon leurs besoins ; comme dans les sociétés tacites peu importe que l'un des époux apporte ou rapporte plus que l'autre : en général, le mari est la cause la plus active de la fortune conjugale. soit par ses apports, soit par son travail, et cependant la femme a le droit de jouir des bénéfices qu'il procure dans la même proportion que lui-même. Et il en est de même des pertes subies par la communauté, surtout à l'époque où des tempéraments à cette règle de l'obligation de la femme ne sont pas encore introduits par une déformation dans la conception de la situation véritable du mari.

Une autre ressemblance plus précise entre la société taisible et la communauté entre époux, et qui prouve clairement une origine commune, se trouve dans ce fait que toutes deux ont été longtemps plus particulièrement réservées à une classe sociale distincte, aux roturiers. Nous avons observé en effet que les sociétés taisibles n'ont pour ainsi dire pas existé chez les nobles (2), et que la communauté entre époux dans cette classe dérivait de celle qui existait dans la roture (3).

Et il découlait de ce fait des règles caractéristiques : c'est parce que, chez les roturiers, les principes exacts de la communauté entre époux s'étaient conservés, que le droit pour la femme de renoncer à la communauté fut longtemps repoussé dans cette classe. Introduite chez les nobles d'abord,

(1) Cf. M. Huber : *Gemeinsdersch*, p. 25.
(2) Cf *supra*, chap. IV, p. 394.
(3) Cf. *supra*, chap III, p. 302, 303, 311.

et par faveur, cette déformation de la conception de Gesammte Hand ne fut admise que tardivement chez les roturiers, parce que la communauté entre époux y était considérée comme une véritable société taisible (1) ; et même à l'époque des coutumes rédigées ce droit de renonciation est encore, dans nombre d'entre elles, spécial aux nobles (2). Et de même, tandis que chez les roturiers la communauté conjugale se continuait, à la mort de l'un des époux, entre le survivant et les enfants (ce qui est, nous le verrons tout à l'heure, un principe évident de la société taisible) (3), chez les nobles au contraire, cette continuation de la communauté n'avait point lieu (4).

Notons enfin une dernière ressemblance ; depuis l'époque où dans les coutumes on peut suivre nos deux institutions, leur composition patrimoniale a été en tout temps identique. Certes il y a eu des communautés universelles soit entre époux soit entre personniers (5), mais la véritable règle coutumière pour ces deux sortes d'associations fut toujours que le patrimoine commun se composait des meubles, des acquêts immobiliers et des fruits des propres (6).

Toutes ces identités dans la structure générale peuvent se préciser encore davantage si l'on aborde l'exposé de certaines règles spéciales appliquées dans nos deux institutions.

Comme dans les sociétés taisibles, et comme dans toutes les applications du principe de la Gesammte Hand, le lien personnel, l'association des personnes, est la base de la communauté des biens qui existe entre époux. C'est pourquoi

(1) Cf. *supra*, chap III, p. 302.

(2) Cf. *Cout. de Senlis*, art. 127 ; *de Clermont de Beauvoisis*, art. 188 ; *de Valois*, art. 97 ; *de Troyes*, art. 102 ; *de Chaumont*, art. 7 ; *de Berry*, chap. VIII, art. 9.

(3) Cf. *infra*, chap. IV, p. 452 et ss.

(4) Cf. Beaumanoir : op. cit., chap. XXI, n° 628.

(5) Cf. *supra*, chap. III, p. 309, chap. IV, p. 402.

(6) Cf. *supra*, chap. III, p. 280 chap. IV, p. 402.

nous voyons que dans cette dernière aussi, la condition essentielle qui préside à sa formation, c'est l'idée de cohabitation, de la vie et du ménage en commun. Or, quelle différence y a-t-il entre deux époux qui mettent en commun, pour la vie, leurs biens et surtout leurs personnes, et deux personniers qui décident n'avoir qu'un seul ménage ? Il n'y en a peut-être qu'une seule : c'est que, dans le premier cas, l'association des personnes est plus intime encore que dans le second ; car à la communauté de l'habitation, du ménage et des travaux, les époux joignent en outre celle du lit nuptial et le lien d'une affection profonde.

Nous avons constaté combien ce principe de la vie en commun était important pour la formation des sociétés tacites ; il en était la seule raison, indépendamment de toute autre formalité et même du consentement des parties (1). La même influence attribuée au seul fait de la cohabitation des deux époux se retrouve dans l'association conjugale. La vie en commun était la condition essentielle, la communauté de biens en découlait. Pendant la période du moyen-âge, il n'y a aucune forme solennelle qui soit à la base de la célébration du mariage. Ce dernier se faisait ou par « paroles de présent » ou par « paroles de futur » (2), et dans ce dernier cas, s'il y avait en outre cohabitation des deux fiancés, le mariage était parfait et accompli. Et cette règle s'est gardée longtemps, car l'obligation de la bénédiction nuptiale ne s'est introduite que tardivement dans l'Eglise d'occident. Le droit canonique qui distinguait entre le « matrimonium ratum sed non consommatum » et le « matrimonium consommatum », ce dernier étant seul indissoluble, se basait aussi sur cette idée que la cohabitation était l'élément essentiel du mariage ; et la célébration par un représentant de l'autorité publique ne date en réalité que de la Révolution. Le fait

(1) Cf. *supra*, chap. IV, pp. 396 et ss.

(2) « *Sponsalia de praesenti* » et « *sponsalia de futuro* ».

même de se mettre ensemble et de vivre en commun, voilà le vrai ménage de cette époque :

> *Boire, manger, coucher ensemble*
> *C'est mariage ce me semble* (1).

Y a-t-il là un principe différent de celui qui exige que les communiers soient « à un pot et à un pain » ?

Et ainsi était née cette règle, déjà énoncée, que la communauté entre époux ne commençait, dans certaines coutumes, qu'au coucher des époux ou au lendemain de la première nuit (2) et, dans certaines autres, qu'après le délai expiré d'un an et un jour à partir du mariage. Cette règle n'était que l'expression de cette idée de cohabitation, dont le laps de temps d'un an et un jour, où le fait matériel du coucher des époux étaient uniquement la preuve palpable. La cohabitation pendant un an et un jour était la règle la plus commune, et il est extrêmement intéressant de remarquer pour notre opinion sur l'origine de la communauté que ce délai, que nous avons noté comme propre au droit franc (3), correspondait à celui qui était exigé pour la formation des sociétés taisibles ; «... par seulement manoir ensemble à un pain et à un pot pendant un an et un jour », nous dit Beaumanoir en parlant des deux sortes de compaignies (4).

On a soutenu qu'il ne fallait pas tirer de cette similitude la conclusion que nous en déduisons. Et on a dit d'abord que ce délai d'un an et un jour n'était pas une règle appliquée également aux deux institutions de la communauté entre

(1) Loysel : op. cit., l. I, tit. II, IV « ... *tant comme ils vivent ensemble*... », dit Beaumanoir (op. cit., chap. XXI, n° 622), en parlant des époux.

(2) Cf. *Cout. de Bretagne*, art. 424., *de Loudunois*, art. 24 ; *de Chartres*, art. 57 et 58.

(3) Cf. *supra*, chap. III, p. 257, note 2.

(4) Op. cit., chap. XXI, n° 625. — Cf. *Grand Cout. de France*, *infra*, p. 426.

époux et de la société taisible (1). Trois coutumes seules en effet ont conservé cette période d'un an et un jour pour les deux formes de Gesammte Hand (2).

Ceci ne nous semble pas une objection sérieuse ; car ces coutumes assimilent d'autre part dans leurs termes et dans leurs règles nos deux institutions ; ce qui est une preuve manifeste que dans ces coutumes la communauté entre époux et la société tacite ne font qu'un.

On a objecté en outre que d'autres législations coutumières, qui ont conservé ce délai d'un an et un jour pour la naissance de la communauté entre époux, ne reconnaissent pas l'existence des société taisibles (3), et qu'il est évident par suite, que l'on ne peut pas conclure de ce délai à une similitude de principes (4).

C'est là une opinion inexacte ; dans ces coutumes, la société taisible a existé, et la nouvelle rédaction n'a fait qu'imposer pour leur formation l'obligation d'un écrit à titre de preuve. (5). Les termes mêmes employés par ces coutumes nous donnent raison ; toutes décident que communauté de biens ou sociétés taisibles n'ont lieu que s'il y a une convention expresse ; mais elles ne disent pas qu'il est interdit de former une semblable association, et elles déclarent seulement qu'une telle situation ne pourra plus s'établir d'après les règles de constitution anciennes, et que dorénavant il

(1) Cf. Ginoulhiac : op. cit., pp. 315 et suiv. — Odier : op. cit., I, p. 38.

(2) Cf. *Cout. de Dreux*, tit. X, art. 48, 50, (où il est insisté particulièrement sur la nécessité de cette condition pour la formation de la communauté entre époux), art. 52 ; *de Chartres*, tit. X, art. 57, 59, 61 ; *de Châteauneuf en Thimeray*, tit. IX, art. 66, 68, 70.

(3) Cf. Ginoulhiac : op. cit., p. 316.

(4) Cf. *Anc. Cout. de Touraine*, chap. XXII, I ; *Anc. Cout. de Bretagne*, art. 421, et *Nouvelle Cout. de Bretagne*, art. 414 ; *Cout. de Grande-Perche*, art. 102 ; *du Maine*, art. 508 et 509 ; *d'Anjou*, art, 511 et 512.

(5) Cf. *supra*, chap. IV, p. 385.

faudra un écrit (1). Et ce fait même que pour la communauté entre époux on conserve les anciens principes, nous prouve que les coutumes ont reconnu dans cette situation juridique une société taisible de la plus haute nécessité. Pothier lui-même nous soutient sur ce point : « Notre coutume réformée, dit-il (2), en abrogeant par le premier article de ce titre l'usage des sociétés taisibles (3), *l'a conservé* néanmoins entre les conjoints par mariage... » ; et les expressions des autres coutumes ne peuvent laisser aucun doute sur cette idée que c'est à titre de société tacite que la communauté entre époux est maintenue, car elles exigent une convention expresse « si ce n'est entre homme et femme mariés ensemble qui acquièrent communauté ensemble comme dit est. » (4)

Des deux objections que nous venons de réfuter, on avait conclu que le délai d'an et jour, appliqué à la communauté entre époux dans nombre de coutumes rédigées était une création de l'époque postérieure (5).

Sans insister sur ce point qu'il serait assez difficile de donner une explication plausible de cette innovation, nous disons au contraire que ce délai d'an et jour est un usage ancien, qui remonte à l'époque franque, et qu'il constituait primitivement la règle admise d'une façon générale pour la naissance, soit des sociétés taisibles, soit de la communauté entre époux. Nous l'avons déjà noté pour la première de ces deux institutions (6); et pour la seconde nous sommes certains que le principe existait de longue date et qu'il était

(1) Cf. *Cout. de Loudunois,* chap. XXIV, art. 2 et les autres coutumes citées à la note 4 de la p. 424. Cf. Klimrath : op. cit., p. 116.

(2) *Cout. d'Orléans*, p. 282.

(3) J'entends ces mots comme signifiant que la société taisible, au sens propre du mot désignant l'institution qui se forme sans convention par le seul fait de la cohabitation, est seule abrogée, et que la coutume impose la nécessité d'un écrit.

(4) *Cout. du Maine*, art. 509. Cf. les coutumes citées à la note 58.

(5) Cf. Ginoulhiac : op. cit., p. 317.

(6) Cf. *supra*, chap. IV, p. 398.

appliqué presque universellement. Qu'il fût très ancien, c'est chose évidente, car les plus vieux textes nous en parlent : le Grand Coutumier de France en constate l'usage : « nota que par usage et coutume, *deux conjoints ou affins*, demeurant ensemble par an et jour sans faire division ni protestation, ils acquièrent l'un avec l'autre une communauté quant aux meubles et aux conquêts » (1), Jean Faber remarque : « *in patria consuetudinaria Franciae, societates contrahuntur per annum et diem* (2), » et Bourdot de Richebourg ajoute : « *ritu antiquo nuptiæ fiebant, usu, si mulier anno uno cum viro fuisset* » (3). Et il n'est pas moins certain que c'était là une coutume générale : le Grand Coutumier et Beaumanoir en effet rapportent les coutumes de toute la France.

Ce délai d'an et jour n'était donc pas une innovation ; loin d'être introduite à une époque postérieure cette règle a été restreinte au contraire, et voilà pourquoi on ne la retrouve pas dans toutes les coutumes. Pothier est clairement dans notre sens lorsqu'il dit que « les dispositions de ces coutumes sont un reste de notre ancien droit français tel qu'il était écrit au Grand Coutumier, liv. 2, chap. 40 » (4).

Tout ce que nous venons de voir nous permet de constater une évolution très semblable que subissent au cours du temps les règles de formation appliquées aux deux compagnies. Le délai d'an et jour, on l'a remarqué, n'était, chez toutes deux (5), que le moyen de prouver par le fait matériel de la cohabitation la volonté de vivre en communauté taisible ; à l'époque où la bénédiction nuptiale vient remplacer l'absence primitive de formalité pour la célébration du mariage, elle suffit à prouver l'intention de se prendre pour époux et de former une communauté, et par suite le délai d'an et

(1) Liv. II, chap. 40.

(2) *Breviarium*, tit. de Societate, p. 354.

(3) Sur art. 511, *Cout. d'Anjou*, note *a*.

(4) Pothier : *Traité de la communauté*, p. 57.

(5) Cf. *supra*, chap. IV, p. 397 et p. 422.

jour, inutile désormais, disparaît de nombres de coutumes. Pour les sociétés taisibles nous assistons à une évolution identique : la preuve de la volonté de s'associer constituée par la convention écrite devenue maintenant nécessaire, remplace l'ancienne preuve par la cohabitation pendant un an et un jour. Et il est à remarquer en effet que le délai d'an et jour est maintenu pour les deux institutions dans les coutumes qui ont conservé l'ancien principe de formation des sociétés taisibles (1), tandis que celles qui exigent pour ces dernières une convention expresse, font naître maintenant la communauté entre époux au jour de la bénédiction nuptiale (2). Cette évolution, que nous venons d'indiquer pour l'application du délai d'an et jour à la communauté entre époux et sa suppression postérieure, peut d'ailleurs très bien se suivre en comparant les coutumes anciennes et les coutumes rédigées : ainsi l'ancienne coutume de Touraine (3) applique au régime entre époux le délai précité, tandis que la Nouvelle Coutume fait naître la communauté au jour de la bénédiction nuptiale (4).

Il faut observer aussi qu'au XIIIe siècle le douaire était acquis à la femme par le simple fait de la consommation du mariage ; comment n'aurait-elle pas gagné d'après le même principe sa part de meubles et de conquêts à titre de personnière ? Et puis, comment expliquer cette règle d'an et jour si ce n'est par cette idée de vie en commun nécessaire à deux formes identiques de la propriété en main commune ?

Nous rencontrons donc dans la communauté entre époux et dans la société taisible un principe semblable et fondamental dans l'idée de cohabitation. Et à côté de lui se trou-

(1) Cf. *Cout. de Dreux*, *de Chartres*, *de Châteauneuf en Timeray*. — Cf. les références de la note 2 de la p. 424.

(2) Cf. *Cout. de Nivernais*, chap. XII, art. 1 et chap. XIII, art. 2. — *Nouvelle cout. de Touraine*, art. 230 et art. 231. — *Cout. de Laon*, art. 17. — *Nouvelle cout. de Melun*, art. 211 et art. 224.

(3) Chap. XXII, art. 1.

(4) Art. 230, cf. *Anc. cout. de Melun*, art. 102 *et Nouvelle*, art. 211.

vent encore nombre de règles concordantes ; ainsi la mise en commun des apports est dans la société entre époux aussi un principe important à côté de la communauté des personnes. Et de même les deux conjoints qui s'unissent doivent, comme des parsonniers satisfaire à certaines conditions d'âge, et il est remarquable, que comme correspondant à cette idée que les communistes doivent être « usans de leurs droits », dans presque toutes les coutumes le mariage émancipe (1). Et voilà pourquoi le mari, véritable chef d'une Gemeinsderschaft zu Gesammter Hand, est désigné la plupart du temps sous le terme significatif de « *maître de la communauté* ». Qu'on lise Beaumanoir, ou bien la coutume de Nivernais, et l'on est frappé de l'absence de toute distinction entre le chef d'une communauté taisible et le mari ; les droits de celui-ci sont les mêmes surtout à l'époque où notre coutume est pure de toute influence étrangère, et où le mari n'est pas seul maître des conquêts immeubles ; et la situation de la femme, qui souvent est désignée sous le nom de « *personnière* » était celle d'un communier : elle doit respecter son « seigneur » comme les associés obéissaient à leur chef ; et lorsque le mari a le droit de châtier sa femme, il exerce les fonctions encore du maître de la communauté, qui à l'intérieur est chef et justicier (2).

Toutes ces similitudes que nous venons de relever laissent déjà peu de place à une hésitation possible et l'on pourrait, sans aller plus loin, affirmer déjà que la communauté entre époux était une véritable société taisible. Mais il n'est pas inutile d'aider à cette conviction en parcourant rapidement les coutumes qui nous montreront que notre opinion semble bien être la bonne,

(1) Cf. *Cout. de Châteauneuf en Timeray*, art 73. — *De Dreux*, art. 54. — *De Bourbonnais*, art. 161, etc.

(2) Cf. Guy Coquille, *Quest.* LXXXVII. — Beaumanoir, op. cit., chap. XXI, n° 622 — *Anc. cout. de Berry*, art. 26. — Dumoulin, sur, art. 107, *Cout. de Paris*, p. 41. — Loysel : op. cit., L. I, t. II. — Cf. autres auteurs et coutumes, *supra*, chap. III, p. 317 et note 2. Cf. chap. IV. p. 406.

L'assimilation entre les deux institutions est en effet très frappante dans les textes juridiques qui en traitent. Le Grand Coutumier de France est très affirmatif à ce sujet « par usage et coutumes *deux conjoints et affins* demeurans ensemble par an et par jour, sans faire division ni protestation, ils acquièrent l'un avec l'autre communauté quant aux meubles et conquêts..... » (1) ; il ne distingue pas entre les conjoints ou autres parents qui s'établissent en communauté d'après les mêmes règles. Le livre de Jostice et Plet établit le même principe : « Et se home conquiert, lui et sa feme et muere, sa feme sera heir en la moitié *par la réson de compaignie* et des mobles au sint..... » (2). La coutume de Poitou confond absolument les deux institutions dans le titre III. « Des droits appartenant à gens mariés et de communauté de biens entre eux et autres personnes. » (3) L'ancienne coutume de Sens (4) et la coutume rédigée (5) contiennent, soit pour la société conjugale, soit pour la société taisible, les mêmes règles établies dans le même titre « De compagnie et communauté de biens entre homme et femme mariés et autres personnes » (6) ; et il est remarquable que la première donne, pour expliquer ce fait que les enfants ne font pas partie de la communauté que forment leur père et mère, ainsi que de cet autre qu'ils ne comptent pas comme membres de la société taisible dont leurs parents sont personniers, une raison identique : ils ne font pas d'apport. Et la coutume rédigée de cette région établit la même confusion (7). Il en est de même encore de la coutume de Chaumont en Bassigny, qui, chose remarquable, traite au titre

(1) Liv. 9, chap. 40.

(2) P. 257.

(3) Cf. art. 231.

(4) Art. 269 et 277.

(5) Art. 279 et 280.

(6) Chap. XIX, cf. art. 161 : « si home et feme conjoints par mariage ou autres estant en communauté de biens... »

(7) Cf. art. 190 et 20

« de mariage » de l'institution de la société taisible (1), et des coutumes de Dreux (2), de Chartres (3), de Montargis (4), de Berry (5), de Nivernais (6), de Troyes (7), de Loudunois (8), de Châteauneuf en Thimeray (9), d'Angoumois (10). La nouvelle coutume de Bourbonnais est encore plus précise, car elle dit : « si l'un des *conjoints par mariage ou autres communs parsonniers*..... » (11) et encore : « la femme qui est *parsonnière* avec son mari..... » (12). Enfin la coutume de Saintonge ne laisse aucun doute : « homme et femme....., dit-elle, de la bénédiction nuptiale sont réputés personnes conjointes, et dès lors *contractent taisiblement société et compagnie de meubles et acquêts.* » (13) Qu'importe après des termes aussi évidents que le délai d'an et jour n'ait pas été universellement conservé !

Et les jurisconsultes ne sont pas moins d'accord pour affirmer que communauté entre époux et société taisible ne sont qu'une seule et même institution. Beaumanoir nous énumère dans un même chapitre plusieurs sortes de sociétés tacites ou « compaignies » et, parmi celles-ci, il cite la communauté entre époux et il énonce comme un fait reconnu et bien établi que « compaignie » se forme aussi par mariage et d'après les mêmes principes, sans créer aucune différence : « *Chacun sait* que *compaignie* se fait par mariage..... » (14). Loysel, dans ses Institutes Coutumières, nous donne comme

(1) Cf. chap. IV.
(2) Cf. chap. X.
(3) Cf. chap. X.
(4) Cf. chap. IV, chap. IX.
(5) Cf. chap. VIII.
(6) Cf. chap. XXII.
(7) Cf. art. 101, 102.
(8) Cf. chap. XXIV.
(9) Cf. art. 70.
(10) Cf. chap. III.
(11) Art. 270.
(12) Art. 241, cf. art. 276, 278.
(13) Art. 62, cf. tit. VII.
(14) Chap. XXI, n° 622.

titre « De communauté, compagnie ou société, et principalement entre le mari et la femme (1). » Guy Coquille n'est pas moins frappé de cette identité ; en parlant des communautés il s'arrête brusquement pour nous dire : « Plus ample discours sur ce sera vu cy après, sous le titre de gens mariés et de retrait lignager, pour ce que à peu près les décisions sont semblables à l'égard des mariés et à l'égard des autres communs » ; et souvent il revient sur ces ressemblances » : si par cessation de payer par le *mari ou maistre de communauté, la femme ou personniers* commettent..... » et : « selon le droit étroit, je crois que si *le mari ou maistre de communauté*..... » (2) ; et encore : « dans une communauté, autre qu'entre gens mariés..... (3). » Et il en conclut avec certitude : « *La coutume établit quatre formes de communautés tacites : l'une d'entre mari et femme*..... (4). » Ceci est frappant. Et pourtant il est à noter que Guy Coquille traite du mariage à une époque où les principes de notre communauté avaient déjà été bien déformés par le droit romain ; et la même observation est à faire pour les auteurs postérieurs qui parlent comme lui. Dunod nous dit que dans une communauté taisible, si les communiers se séparent sur un simple mouvement de mauvaise humeur, la société n'est pas rompue pour cela ; et comme exemple que va-t-il nous donner ? Il nous dira que la femme qui a quitté son mari n'est pas censée avoir fait divorce lorsqu'elle se réconcilie peu de temps après (5). Et Lebrun nous affirme que dans la plupart des coutumes, entre le mari et la femme, « c'est le cas d'une autre communauté expresse ou tacite, qui s'appelle la conjugale » (6). Enfin Pothier déclare que la société taisible de

(1) L. I, tit. III.

(2) *Quest.* LV.

(3) Quest. XCIV.

(4) Quest. CXXV.

(5) Dunod : *Traité de la Mainmorte*, p. 102. — Cf. *Cout. de Franche-Comté*, p. 643.

(6) *Traité des Sociétés tacites*, p. 19.

son époque ne peut avoir pour fondement qu'un ancien usage du vieux droit français « *qui établissait une société taisible..... surtout entre conjoints et affins* » (1); il ajoute : « notre ancienne coutume admettait entre quelques personnes que ce fût cette société taisible » (2), et il insiste sur cette idée « suivant l'ancien droit français, la simple cohabitation produisait une société taisible entre ceux qui avaient habité ensemble par an et jour ; *à plus forte raison entre mari et femme* » (3).

Il nous semble après ceci que soutenir encore que la communauté entre époux n'est point une société taisible, c'est s'inscrire en faux contre les décisions de nos coutumes et de notre doctrine coutumière. Et ce serait aussi vouloir méconnaître le véritable caractère d'une autre institution qui est liée à la communauté entre époux, et qui constitue une preuve en notre faveur ; nous voulons parler de la communauté continuée entre les enfants et le survivant.

A la dissolution du mariage, la communauté, à l'époque du moyen-âge, se continuait entre les enfants et les époux survivants, d'une façon générale, mais n'était admise, ainsi que l'indique Beaumanoir, qu'entre roturiers. (4) Cette institution se retrouve dans la plupart des coutumes rédigées, consacrée pour toutes les classes de la société (5) et dans quelques coutumes qui passent sous silence notre institution (6), la jurisprudence, longtemps incertaine, finit par admettre qu'il fallait l'y reconnaître à l'égal des autres (7).

(1) *Cout. d'Orléans*, tit. XI. Introd. 2.

(2) Op. cit., p 182.

(3) *Traité de la Communauté*, p. 57.

(4) Beaumanoir : chap. XXI, n° 629. — Cf. *supra*, chap. III, p. 307.

(5) Certaines coutumes cependant réservent encore cette institution pour les seuls roturiers. Cf. *Cout. d'Orléans*, art. 216, 217; *de Bourbonnais*, art. 270; *de Péronne*, art. 127; *de Sens*, art. 93, 283, 284; *de Châlons*, art 59, 60; *de Troyes*, art. 109; *d'Auxerre*, art. 204, 205, 206; *de Meaux*, art. 61, 62.

(6) *Cout. d'Anjou, de Chartres, d'Amiens*.

(7) Cf. Lebrun : *Traité de la Communauté*, p. 561.

Mais à cette époque nouvelle la communauté continuée n'est admise en général que lorsqu'il n'y a pas eu d'inventaire à la dissolution; elle a changé de caractère, sous l'influence de l'interprétation romaine (1), qui a fait perdre de vue les sources de nos institutions coutumières et on la considère comme une peine pour l'époux survivant; elle n'a plus lieu qu' « en faveur des enfants mineurs et en haine du survivant qui n'a pas fait d'inventaire » (2). Aussi est-elle battue en brèche et parait « exorbitante de droit commun ». (3)

Le second mariage du survivant ne dissolvait pas la communauté qui se continuait avec le nouvel époux sous le nom de communauté tripartite.

Il y a déjà dans ce fait même de la continuation de la communauté à la mort de l'un des époux une règle inhérente à toute société taisible et qui suffirait à prouver que la communauté entre époux en était une. Dans les communautés taisibles, à la mort de l'un des personniers, ses enfants entraient en général à sa place dans la compagnie. Au décès d'un époux se rencontre la même situation; les enfants prennent la place du défunt dans la communauté que ce dernier formait avec son conjoint, et qui se continue avec de nouveaux membres. Dans les deux cas, à la mort d'un

(1) Lebrun l'interprète par les textes du *Digeste*. — Cf. op. cit., p. 558.

(2) Lebrun : op. cit. p. 559. *Anc. Cout. de Paris*, art. 116 : « Il y a continuation de communauté faute par le survivant d'avoir fait inventaire valable en faveur des enfants mineurs du mariage; si le survivant se remarie dans le même cas, les enfants mineurs auront part dans la communauté du second mariage. » — Cf. art. 240 et 241, *Nouvelle Cout. de Paris*; *de Melun*, art. 221; *de Troyes*, art. 109. — Cependant, ce caractère de peine n'a pas été conservé partout; Cf. les coutumes *d'Orléans*, *de Bar*, *du Poitou*, *de Montargis* où elle a lieu même entre collatéraux et sans défaut d'inventaire. — Cf. Lebrun : op. cit., p. 573. — Dumoulin : *Comment* sur art. 116, Cout. de Paris — Beaune : *Introduction à l'Histoire du droit coutumier*, p. 496.

(3) Lebrun : op. cit., p. 558.

communier, l'unité patrimoniale est maintenue dans son intégrité d'après les principes de la Gesammte Hand.

Mais la preuve la plus évidente se trouve dans ce fait que la communauté continuée elle-même était une société taisible; et comme l'on ne peut continuer que ce qui existait déjà, il fallait nécessairement que la communauté entre époux fût une institution semblable.

Cette communauté continuée était en effet une véritable société taisible. Pothier lui-même nous le dit, car la coutume réformée qui a supprimé « l'usage des sociétés taisibles, l'a conservé néanmoins..... et par l'art. 216 *entre le survivant et les héritiers du prédécédé* » (1). Le Grand Coutumier (2), Beaumanoir (3), Guy Coquille (4), Laurière (5), Laferrière (6), l'ont affirmé aussi.

De même que la société taisible et la communauté entre époux, cette institution a été longtemps réservée aux seuls roturiers; Beaumanoir nous en avertit (7); et à l'époque du moyen-âge elle était dans cette même classe d'un usage aussi général que les deux premières (8). Au XVI[e] siècle, il est vrai, la communauté continuée est battue en brèche; l'art. 118 de la première Coutume de Paris la considère déjà comme une peine pour le survivant qui n'a pas fait inventaire, et c'est sous cette forme que les art. 240 et 241 de la Nouvelle Coutume l'établissent en haine du survivant et en faveur des enfants mineurs (9). Mais cette déformation du véritable

(1) *Cout. d'Orléans*, p. 282. Cf. *Traité de la communauté*, p. 171.

(2) Liv. II, chap. XL.

(3) Op. cit., chap. XXI, n° 628.

(4) Sur art. 22, *Cout. de Nivernais* et surtout *Quest.* CXXV.

(5) Sur art. 240. *Cout. de Paris.* Cf. *Glossaire*-Voc. : Communauté.

(6) Op. cit., I : « la continuation de communauté n'était qu'une société tacite..... » Cf. Warnkoenig : Op. cit. II, l. II, chap. II.

(7) Op. cit., chap. XXI, 628, 629 à 643.

(8) Laferrière : op. cit I, p. 156.

(9) Cf. *Nouvelle Coutume de Laon*, art. 265; *de Sens*, art. 283; *de Melun*, art. 221; *de Montargis*, tit. IX; *d'Angoumois*, art. 42; *de Saintonge*, art. 83; *de Poitou*, art. 232; *du Maine*, art. 506. — Cf. Guy Coquille : *Quest.* LXV. — Lebrun : *Traité de la Communauté*, p. 558.

caractère de l'institution ne s'introduit pas partout, et nous la rencontrons avec ses principes premiers à Orléans entre non nobles où elle se forme même entre collatéraux (1), ainsi qu'à Montargis (2) et dans les coutumes de Bar (3) et de Poitou (4). C'est que la communauté continuée reste toujours en fait une société taisible ainsi que le prouvent ses principes qui en font une forme de la propriété en main commune.

Nous retrouvons en effet ici une règle, qui est caractéristique dans les sociétés taisibles comme dans toutes les Gemeinderschaften zu Gesammter Hand ; il y a accroissement et non succession entre les membres de cette communauté. La mort de l'un des enfants profite à ses frères par un « *droit de non décroissement* », dit Lebrun, qui ajoute que ce principe a même été étendu par les arrêts « aux coutumes qui n'en disposent pas » (5). Et il y a de même accroissement entre les enfants et le survivant : au cas de décès de ce dernier, les enfants recueillent sa part, comme lui-même recueillerait la part du dernier enfant défunt « à titre d'accroissement » (6). Ce principe nous prouve que dans cette masse commune il n'existe pas de quotes-parts déterminées (7) et cette règle nous est affirmée par Laboulaye, qui nous apprend qu'en France il y a lieu à continuation de communauté « sans qu'on détermine à l'avance des parts idéales de cette communauté » (8).

En outre, la naissance de la communauté continuée repose toujours sur ces mêmes principes de la cohabitation et de la communauté des biens (9).

(1) *Cout. d'Orléans*, art. 116.
(2) *Cout. de Montargis*, chap. IX, art. 3.
(3) Art. 87.
(4) Art. 232.
(5) Op. cit., p. 616. — Cf. Laurière sur art. 240. *Cout. de Paris.*
(6) Lebrun : op. cit., p. 617. — Cf. Loysel : op. cit., l. I, tit. III, XII.
(7) Cf. *supra,* chap. IV, p. 359, 367, 407. — Cf., chap. I. p 47.
(8) Op. cit., p. 384.
(9) Cf. Beaumanoir : op. cit., chap. XXI, p. 642, 635. — Lebrun : op. cit., p. 558.

Cette communauté continuée n'était pas une société nouvelle se formant entre le survivant et les enfants; c'était l'ancienne société taisible existante qui se continuait avec les descendants de l'un des personniers (1). Remarquez d'abord que le terme même de « *communauté continuée* » exprime presqu'indubitablement déjà cette idée, que les expressions des coutumes nous confirment. Ainsi la nouvelle Coutume du Bourbonnais dit : « si l'un des conjoints par mariage, ou autres communs personniers, meurt sans inventaire, *la communauté se continue et conserve* entre ledit survivant et les enfants » (2). L'ancienne Coutume d'Orléans affirme que « la communauté de biens se continue..... » (3) et il en est de même de la nouvelle (4), ainsi que la Coutume du Maine : « ..... il y a continuation de communauté..... » (5). Enfin la Coutume du Grand Perche est plus claire encore : : « la communauté d'entre lesdits conjoints *ne se discontinue* par le trépas de l'un d'eux ayant laissé des enfants..... jusqu'à ce que inventaire ait été fait » (6); et Laferrière remarque que cette Société nouvelle est « comme la continuation de la première » (7).

La preuve qu'il n'y avait pas deux communautés différentes, est qu'à l'époque où les vrais principes étaient dans toute leur vigueur, on ne faisait pas de distinction entre les pouvoirs du mari soit pendant le mariage, soit pendant la communauté continuée ; ce n'est que plus tard que l'on relève une différence : le mari, à l'origine, restait le chef d'une

(1) Cf. *supra*, chap. IV, pp. 359, 407. — Cf. *contra*, Laurière : s. art. 240. Cout. de Paris; *Glossaire* Voc. : communauté. — Loysel : op. cit., l. I, tit. III, IX

(2) Art. 270.

(3) Art. 182.

(4) Art. 216.

(5) Art. 506.

(6) Art 106.

(7) Op. cit., p. 150. — Cf. Pothier : *Traité de la communauté*, p. 770. — Beaune : op. cit. II, p.

même communauté dont les membres seuls avaient changé (1). Et une autre base pour soutenir notre opinion peut se trouver également dans ce fait que la communauté ne se continuait que si elle existait encore au moment du décès de l'un des conjoints ; ce qui l'excluait au cas où il y avait eu séparation ; ceci prouve bien qu'elle n'avait lieu qu'à titre de suite de la première.

Bon nombre d'auteurs modernes ont été saisis de ces ressemblances entre les sociétés taisibles et la communauté entre époux que nous venons d'exposer. Mais tandis que quelques-uns se bornent à admettre une simple influence de la première institution sur la seconde (2), d'autres, au contraire, sans donner comme nous à la communauté entre époux ce caractère de société familiale dès son origine, la font naître au moyen-âge seulement en même temps et d'après les mêmes principes que les sociétés taisibles, sous l'influence de l'esprit d'association très développé à cette époque et de la similitude qu'il y a entre la situation des deux époux et de deux prisonniers (3). Cette opinion serait exacte s'il ne fallait pas attribuer aux sociétés taisibles une origine germanique bien antérieure (4). Mais bien que née avant l'époque du moyen-âge, la communauté entre époux, issue du même principe, a toujours été dans nos coutumes une société taisible, et nous nous croyons par suite en droit d'affirmer que les principes de la Gesammte Hand ont été la base de cette institution coutumière.

(1) Cf. *supra*, chap. III, p. 319, note 1.

(2) Warnkœnig : op. cit., II, l. II, chap. II. — Planiol : *Manuel*, III, 894. — Laboulaye : op. cit., pp. 333 et ss. — Odier : op. cit., I, pp. 37 et ss.

(3) Troplong : *Contrat de mariage*, préface. pp. 61 et ss. — Laferrière : op. cit., I, pp. 148 et ss. — Beaune : *Introduction à l'histoire du droit coutumier*, pp. 376 et ss. — *Droit coutumier*, II, p. 467.

(4) Cf. *supra*, chap. IV, pp. 388 et ss.

CHAPITRE V

Les principes de la Gesammte Hand dans la Communauté entre Epoux du Code Civil. — Résultats pratiques de l'application de cette théorie.

---

§ I. — Il nous semble que le moment est venu de résumer et de classer en quelques mots les faits historiques que nous avons exposés avec autant de méthode que possible, et d'en tirer une conclusion logique.

Nous avons démontré que le régime de communauté entre époux de nos coutumes françaises, né des principes du droit franc très solidement implantés en France (1), se trouvait, dans sa structure, correspondre exactement aux régimes de communauté du droit coutumier allemand (2) qui devaient leur origine aux mêmes sources franques. C'est au droit franc que le régime allemand devait d'avoir été construit d'après la conception de la propriété en main commune, qui a survécu en Allemagne dans cette institution, malgré toutes les autres influences, jusqu'au mouvement législatif de ces dernières années qui en a consacré les principes (3). Il nous semblait donc que notre communauté conjugale ne devait pas pouvoir puiser dans un même droit originaire, une conception juri-

(1) Cf. chap. III, p. 253 et s.; chap IV, p. 370 et ss.

(2) Cf. chap. III, pp. 276 et ss.

(3) Cf. chap. II, pp. 116 et ss.

dique différente. Et nous nous sommes appliqués à montrer d'une part que, non seulement au moyen-âge, mais encore à une époque postérieure à la renaissance du droit romain, ce sont toujours les principes du Miteigenthum zu Gesammter Hand dans leur forme primitive qui constituent les éléments réels de la situation conjugale, même sous le déguisement romain dont les recouvre par ses explications la doctrine du XVI[e] siècle (1). Et d'autre part l'existence de cette conception comme base de notre régime de communauté nous a paru toute naturelle, car notre société conjugale, née de la Hausgemeinschaft à l'égal des communautés entre cohéritiers (2), a toujours été considérée comme une société taisible, et a été réellement une association identique d'origine et de principes (3). Or nos sociétés taisibles, absolument semblables aux communautés de même forme que l'on rencontre en Allemagne et en Suisse, et qui constituent une des applications principales de la copropriété en main commune, doivent, chez nous aussi, être ramenées sans hésitation à cette forme de la propriété collective (4).

Nous arrivons maintenant au régime de biens entre époux établi par notre Code civil. En vertu de ces précédents historiques, il nous semblerait superflu de chercher, pour expliquer notre institution actuelle, une autre théorie ; il serait en effet téméraire de soutenir que les principes de la Gesammte Hand se fussent perdus à cette époque précise pour avoir été remplacés dans le Code par une théorie nouvelle, car, ainsi que nous allons le voir, notre législation ne porte nulle part la trace d'une intention d'innover, tandis qu'au contraire tout le monde admet qu'elle a entendu consacrer les institutions coutumières.

Qu'on ne nous objecte pas que nous cherchons à introduire dans notre droit français une conception doctrinale nouvelle

(1) Cf. chap. III, pp. 276 et ss.
(2) Cf. chap. IV, pp. 414 et ss.
(3) Cf. chap. IV, pp. 418 et ss.
(4) Cf. chap. IV, pp. 394 et ss.

et étrangère. La théorie de la Gesammte Hand, il est vrai, n'a pas été étudiée comme telle par nos juriconsultes. Mais ce fait que c'est dans la littérature allemande que nous sommes obligés d'en rechercher les principes ne prouve pas que la conception de la propriété en main commune ne soit pas une conception française. Au contraire, son origine se trouve dans le droit franc (1), c'est-à-dire dans notre droit national, et nous avons pu suivre l'application de ses principes dans nos institutions coutumières : car nous avons montré en effet que la Gesammte Hand a existé non seulement dans les société taisibles et dans la communauté entre époux, mais qu'elle a d'une facon générale été le principe dirigeant des institutions collectives, et que nos auteurs coutumiers eux-mêmes en ont appliqué les règles (2). Nous pouvons donc affirmer que nous soutenons une théorie purement française, et à l'égal de la doctrine allemande qui s'est occupée de la propriété collective germanique, loin de vouloir introduire une innovation, nous ne cherchons qu'à faire sortir de l'oubli et à appliquer nos véritables principes nationaux ; et en disant que la communauté entre époux du Code civil est une forme de la propriété en main commune, nous ne faisons que rendre à l'institution, décolorée par le droit romain, sa forme réelle sous le nom exactement en rapport avec ses antécédents historiques.

On a prétendu que ce terme de *copropriété en main commune* était un néologisme dans notre langue, car on ne le retrouve en effet nulle part dans notre droit français (3). Mais est-ce une raison, parce qu'il n'existait pas un terme juridique approprié, pour nier l'existence du principe lui-

(1) Cf. *supra*, ch. I, p. 11. — Ch. II, pp. 131 et ss.

(2) Cf. chap. III, pp. 271 et ss.

(3) M. cf. Cheron : op. cit., p. 146. — Il n'est d'ailleurs pas exact de dire que l'expression dont nous nous servons n'a été employée nulle part : sans pouvoir faire des recherches pour lesquelles le temps nous manque, nous relevons cependant cette expression dans Beaumanoir : « ...*font vendre en main commune* », op. cit. chap. XXI, n° 623.

même ? Et bien que l'on puisse considérer les mots « compai gnies, communauté ou société » comme l'expression exacte à l'époque coutumière de notre conception (1), nous pouvons répondre cependant que cette absence d'une expression générique n'a rien d'étonnant ; au moment du XIIIe siècle, où les règles de la Gesammte Hand étaient appliquées dans toute leur pureté, les constructions doctrinales étaient rares, et l'on se bornait à constater les usages en cours sans en chercher les fondements, et, par suite, sans éprouver la nécessité d'expressions juridiques distinctives. Et lorsque, postérieurement, la science du droit se développe, elle raisonne sous l'influence du droit romain, et aux institutions coutumières et nationales elle applique les termes des Institutes, termes qui aboutiront à faire voir des principes romains dans les règles des coutumes. Et voilà pourquoi l'expression de « copropriété en main commune », que l'on critique, ne se retrouve pas dans nos œuvres législatives antérieures. Mais elle est certainement la plus propre à traduire notre idée ; car, à l'égal de l'expression allemande de « Meiteigenthum zu Gesammter Hand », dont il est l'équivalent français, le terme de « copropriété en main commune » rappelle dans sa forme la règle fondamentale de l'action « communi manu » qui se rencontre si fréquemment dans les textes français du moyen-âge (2).

La théorie tout entière de la Gesammte Hand effraie un peu par sa nouveauté notre doctrine qui l'a peu étudiée encore, et qui se tient fort attachée, par un sentiment conservateur très français, aux principes anciens. C'est pourquoi dans une thèse récente, on a pu dire, en commettant, à notre avis, une erreur grave : « Dans la doctrine proposée nous voyons un droit de propriété portant sur une masse déterminée de biens ; qui en est le sujet, le titulaire ? Ce n'est ni une personne fictive, ni les deux époux, chacun pour une part indi-

(1) Cf. *supra*, chap. IV, pp. 396, 419, 429 et ss.

(2) Cf. *supra*, chap. III, pp. 288 et ss.

vise ; nul n'est propriétaire de ces biens (1) » Nous nous sommes au contraire appliqués à démontrer, chaque fois que l'occasion nous en a été donnée (2), que le sujet du patrimoine commun était la Gesammte Hand, c'est-à-dire une unité collective formée des deux époux ; s'il est vrai de dire qu'il n'y a pas ici de personne fictive, il est aussi inexact de dire que « nul n'est propriétaire de ces biens ». La Gesammte Hand qui est propriétaire, ce sont les deux époux ; la masse patrimoniale est la propriété des deux conjoints auxquels elle appartient sans détermination de quotes-parts. Ces deux époux en sont copropriétaires par indivis, mais dans une forme qui ne permet pas d'évaluer avant le partage la quotité du droit de chacun ; et je ne vois pas quelle impossibilité juridique il peut y avoir à concevoir un droit de propriété dont on ne saurait à l'instant même délimiter la valeur exacte ; je dirais même, comme nous l'avons déjà vu, et comme nous le montrerons tout à l'heure, que cette propriété indéterminée est la seule qui corresponde à la réalité des faits. Et, soutenir que dans la théorie de la copropriété en main commune il y a un objet sans sujet serait dénoter une connaissance superficielle de notre doctrine.

Mais nous voulons revenir sur cette idée de nouveauté qui pourrait faire hésiter à accepter cette théorie ; et nous remarquerons que notre thèse paraît toute naturelle dans les pays voisins où le système de la Gesammte Hand a été étudiée et acceptée. En Allemagne et en Suisse la communauté entre époux est généralement considérée comme une des formes de la copropriété en main commune, et nous avons particulièrement insisté sur l'application de cette conception aux régions de communauté de meubles et d'acquêts d'Allemagne et de Suisse, identique à notre régime légal, et existant dans ces pays soit antérieurement soit postérieurement au

(1) Cheron : op. cit., p. 147.

(2) Cf. chap. I, p. 38. — Chap. II, pp. 151, 177, 182, 204. — Chap. III, p. 283, chap. IV, pp. 360, 403.

B. G. B. et au projet de nouveau Code civil Suisse (1). Et nous avons montré également, ce qui est très important, que dans ces deux pays, le régime de communauté entre époux établi par le Code Napoléon, dans les régions où il a été et où il est encore appliqué, était regardé comme une Gemeinderschaft zu Gesammter Hand (2).

D'ailleurs il est évident que les principes du droit coutumier, tels que nous les avons établis pour la communauté entre époux sont également ceux de notre Code civil. Ce dernier en effet s'est uniquement basé sur la coutume pour établir les principes de cette institution ; il a suivi d'abord les règles des coutumes rédigées, et nous avons montré qu'en réalité, malgré quelques modifications, celles-ci avaient conservé les purs principes du droit franc (3). Le Code s'est inspiré également de l'interprétation doctrinale de ces coutumes ; mais nous croyons avoir prouvé que les théories romaines des jurisconsultes antérieurs à la Révolution n'étaient en fait, sous des termes disparates, que l'expression des principes de la Gesammte Hand (4). Et parmi ces auteurs, Pothier, qui a été presque l'unique guide des rédacteurs du Code pour le régime de communauté, reconnaissait, ce qui pour notre doctrine est évidemment concluant (5), que la société entre époux était une société taisible (6). Le Code civil ne pouvait donc pas adopter un régime dont les principes eussent différé de ceux admis antérieurement à la Révolution ; celle-ci, en effet, dont certaines idées se sont glissées dans le Code, n'avait touché que d'une manière insignifiante au régime des biens entre époux. L'influence des doctrines révolutionnaires a porté principalement sur les rapports personnels des époux ; quant à ce qui concerne les

(1) Cf. *supra*, chap. II, pp. 181, 220, 222, 228.
(2) Cf. *supra*, chap. II, p. 209 et p. 229.
(3) Cf. chap. III, pp. 310 et ss.
(4) Cf. chap. III, pp. 328 et ss.
(5) Cf. chap. IV, p. 335.
(6) Cf. chap. IV, pp. 418 et ss.

biens, si le douaire est supprimé il n'est apporté de modifications ni aux principes établis sur la puissance maritale, ni à la confusion des meubles et des dettes, ni au droit de partage les meubles et les conquêts.

Il eût donc fallu, si le Code avait voulu consacrer une théorie propre et nouvelle, qu'il manifestât cette intention ; or, rien, ni dans le texte de la loi, ni dans les travaux préparatoires ne laisse soupçonner un semblable désir. Et pour soutenir que le Code n'a pas voulu consacrer le système coutumier de la Gesammte Hand, il faudrait établir qu'il a repoussé impérativement toute forme de copropriété qui ne serait pas l'indivision romaine ; et ce serait là une affirmation bien téméraire, car le Code civil ne contient même pas à proprement parler une théorie de la copropriété. Il faut donc dire que notre législation n'a fait qu'accepter la tradition. Et il s'en trouve des preuves manifestes : il y a d'abord, dans les règles du Code par rapport aux dispositions qui étaient les caractéristiques de la communauté de l'ancien droit, une reproduction très fidèle de la théorie antérieure (1). Il n'y a qu'à considérer seulement l'organisation des prélèvements (2) : la femme, comme dans l'ancien droit se paie non comme créancière, mais comme copropriétaire, et dans l'ordre qui est l ordre coutumier. Enfin il y a en faveur de l'existence de la conception de la Gesammte Hand dans le Code, cette preuve frappante, que conformément à l'opinion de Pothier et des coutumes, cette œuvre législative a entendu conserver dans la communauté entre époux une des formes des sociétés taisibles. En effet, comme dans la plupart des coutumes rédigées (3), le Code exige un écrit pour la formation des sociétés (4) et limite l'étendue patrimoniale des vieilles associations rurales (5) ; et à l'opposé de ces

(1) Cf. chap. III, pp. 278 et ss., et C. C. art. 1399 à 1499.
(2) Cf. art. 1470 et 1471 et chap. III, p. 325.
(3) Cf *supra*, chap. IV, p. 385.
(4) Cf. art. 1834.
(5) Cf. art. 1837.

règles, le Code, lorsqu'il s'agit de la communauté entre époux, laisse aux conjoints, comme aux membres des anciennes sociétés taisibles, la liberté de se marier et de former, sans aucun écrit, une communauté de biens, dont il ne limite en aucune façon l'étendue. Peut-on douter après cela que le Code ait voulu consacrer sur ce point les règles des coutumes et considérer la société entre époux comme une de ces « compaignies » qui se formaient entre parents et même entre autres personnes par le simple fait de la vie en commun? Notez en effet que l'idée de cohabitation et de ménage commun, si importante dans les sociétés taisibles (1) comme dans toutes les communautés zu Gesammter Hand (2) est encore indéniablement le fondement sur lequel repose notre communauté entre époux actuelle. Si toute copropriété en main commune naît et meurt avec l'association personnelle de ses sujets la société conjugale du Code est un exemple vivant de ce principe : elle ne peut commencer antérieurement à l'union des personnes (3), elle ne naît pas si le mariage n'a pas lieu ou est nul et elle cesse dès que le lien personnel est rompu (4). Et la loi nous dit : « la femme est obligée d'habiter avec le mari, et de le suivre partout où il juge à propos de résider... » (5). C'est pourquoi on a pu écrire : « la coutume de Nivernais, dans ce qu'elle dit de la communauté entre époux, ou pour employer ses propres expressions, des droits appartenant à gens mariés, se trouve avoir établi, d'avance et en germe, les principes que le Code Napoléon est venu ensuite confirmer comme étant le droit commun de la France (6). »

Enfin nous avons vu que d'une façon générale les éléments

(1) Cf. chap. IV, pp. 397 et ss.

(2) Cf. chap. I, p. 19, 41, chap. II, p. 202, chap. III, p. 278 et ss. chap. IV, pp. 355, 364.

(3) Art. 1399.

(4) Art. 1444.

(5) Art. 214.

(6) Dupin : *Cout. de Nivernais*, p. 316.

germaniques et plus particulièrement francs ont laissé dans notre droit des empreintes qui n'ont pas été effacées sous l'empire de notre législation dernière (1); et de même que pour nombre d'autres institutions, tous les auteurs reconnaissent que le régime des biens entre époux de notre Code civil consacre toujours les mêmes règles anciennes quant aux biens et quant à la puissance maritale (2). Il y a donc une probabilité très forte en faveur de cette opinion que, parmi les institutions juridiques de nos pères, la conception de la propriété en main commune s'est maintenue, à l'égal des autres principes juridiques, dans ses divers cas d'application. Et il ne sera pas difficile de l'établir pour la communauté entre époux. Il est certain que les principes de la Gesammte Hand se trouvent heurtés par certaines règles qui lui sont opposées et qui sont des legs malheureux de l'ancienne doctrine des romanistes. Mais en fait ils existent toujours, et dans bien des cas nous verrons l'utilité qu'il peut y avoir à rétablir la véritable doctrine qui est la base de notre institution.

§ II. — Dans le régime conjugal du Code civil, le patrimoine commun se compose des meubles que les deux époux possédaient au jour de leur mariage où qui leur adviennent postérieurement par succession ou donation, ainsi que des acquêts faits durant l'union conjugale et des fruits des propres (3). C'est là « l'actif de la communauté ».

Le « passif de la communauté », outre les charges du mariage, comprend certaines catégories de dettes, soit antérieures, soit postérieures à la conclusion du mariage, avec des distinctions selon qu'elles proviennent de la femme ou du mari (4).

(1) Cf. *supra*, chap. III, pp. 266 et ss.

(2) Ginoulhiac : op. cit., p. 165, p. 358. — Laboulaye : op. cit., p. 143.

(3) Cf. art. 1401.

(4) Cf. art. 1409 et suiv.

Cette construction de la masse commune en ces termes de « *actif* » et de « *passif de la communauté* », nous donnent bien la sensation d'une universalité juridique, d'un patrimoine séparé, auquel appartiennent en propre, activement et passivement, certains droits et certaines obligations. Nous ne reviendrons pas sur l'importance qu'il y aurait à établir dans la communauté entre époux, en vertu des conséquences que l'on peut en déduire, l'existence d'une masse commune distincte ; il en a déjà été question lorsqu'il a été parlé de l'application à notre régime conjugal de la théorie de la personnalité juridique (1), théorie qu'il faut repousser en vertu de l'organisation même de notre communauté entre époux, dans laquelle on ne rencontre pas un organe représentant une volonté distincte de celle des deux époux et par suite du mari (2).

Sur ce dernier point. la jurisprudence est dans notre sens, et en s'appuyant sur cette raison exacte que la communauté entre époux n'est pas une personne morale, elle repousse malheureusement certaines conséquences de la séparation des patrimoines qui sont des plus utiles (3). Mais si son opinion sur le caractère juridique de la communauté entre époux est bonne en ce sens qu'elle n'admet pas la personnalité, la négation de l'existence d'un patrimoine séparé est moins juste ; et les principes de la Gesammte Hand nous permettent, même en l'absence d'un sujet distinct de la personne des deux époux, d'arriver à la conception d'une entité juridique distincte des patrimoines propres à chacun des deux conjoints (4).

On pourrait objecter à ceci qu'en général la séparation des patrimoines ne saurait exister qu'en vertu d'une reconnaissance par la loi. Mais est-ce là une objection bien sérieuse ? Nous ne le croyons pas. Cette forme de la propriété

(1) Cf. *supra*, chap. II, pp. 102 et suiv.
(2) Cf. *supra*, chap. II, pp. 109 et suiv.
(3) Cf. *supra*, chap. II, p. 109.
(4) Cf. *supra*, chap. I, p. 44.

collective de la Gesammte Hand entraînant l'existence d'un patrimoine séparé, était une forme générale qui se rencontrait toutes les fois qu'il y avait cohabitation et possession commune. Et « cette conception d'un patrimoine, à l'état de patrimoine séparé tant que les individus auxquels il appartenait restaient en nom et que cette constitution de patrimoine ne devait durer que provisoirement, on peut affirmer à coup sûr, que pour l'ancien droit elle restait matière de droit privé, soumise à la liberté des conventions, sans autre ingérence administrative » (1). Nous pouvons donc conclure que partout où nous retrouvons cette propriété collective établie en vue de la vie en commun, on peut affirmer qu'il y a un patrimoine séparé, sans nécessité d'une intervention légale expresse, que l'on peut considérer dans ce cas comme implicite.

Mais, même si l'on exige cette reconnaissance par la loi, on peut trouver dans le Code des preuves évidentes de la formation d'une universalité juridique ayant une existence propre. Nous ne voulons pas insister sur les termes « *actif* » et « *passif de la communauté* », qui semblent déjà bien affirmer ce principe ; et cette distinction de trois patrimoines, l'un commun et les deux autres propres à chacun des époux, devient évidente si l'on considère la théorie des récompenses (2) qui sont dues tantôt par la communauté à l'un des époux, tantôt par ceux-ci à la communauté, c'est-à-dire à un patrimoine distinct, car il n'y a pas là en effet une personne morale (3). La séparation se trouve ainsi prouvée par ce fait que le Code distingue nettement entre les pouvoirs du mari soit sur les biens communs, soit sur ceux de la femme, et fait la part également entre ce qui appartient activement ou passivement soit au patrimoine commun, soit aux patri-

(3) Saleilles : *Annales de Droit commercial*, 1897, p. 44 ; cf. *supra*, chap. I, pp. 12 et suiv., chap. IV, p. 365, 403.

(1) Cf. art. 1468 et suiv.

(2) Cf. *infra*, chap. V, p. 450.

moines propres des époux (1). Mais la preuve la plus évidente de l'existence d'un patrimoine séparé se rencontre dans l'art, 1410. D'après cette disposition les dettes mobilières de la femme antérieures au mariage et non constatées par un acte authentique ou par tout autre acte ayant acquis date certaine antérieure à cette époque, ne peuvent être poursuivies que sur la nue-propriété des propres de la femme : les créanciers personnels de cette dernière se trouvent exclus sur les biens apportés par elle à la communauté au moment du mariage.

C'est là une règle du Code qui n'a pas échappé aux adversaires de la théorie de la copropriété au sens romain : s'il y avait copropriété, disent-ils, ces dettes devraient s'exécuter au moins sur la quote-part appartenant à la femme dans la masse commune. Or les biens qui formaient antérieurement le gage de ses créanciers se trouvent soustraits à leur droit de poursuite ; c'est donc que ces biens ont dû subir une expropriation totale à leur égard, les créanciers n'ayant de droits que sur les biens appartenant au débiteur à l'époque de la poursuite. Et cette remarque a conduit à expliquer cette expropriation tantôt au profit de la propriété du mari, tantôt au profit d'une troisième personne distincte des deux époux (2).

Il ne s'agit nullement là pour nous d'expropriation au profit d'une tierce personne, que ce soit le mari ou un être moral distinct : les biens que la femme apporte en mariage font partie simplement d'une masse de biens nouvelle. Et cet article 1410 nous semble par suite la preuve certaine, dans sa séparation très marquée entre les biens de la femme et ceux de la communauté, que le Code a très certainement entendu accepter l'idée d'un patrimoine distinct, auquel incombent uniquement les dettes que la loi a mises à sa

(1) Cf. art. 1401, 1404, 1405 et suiv. — Art. 1409 et suiv. — Art. 1424, 1422, 1426, 1428, 1470, 1493.

(2) Cf *supra*, chap. II, pp. 97, 101, 104.

charge ; et les biens qui font partie de cette universalité juridique sont soustraits aux droits des créanciers qui ne sont point les créanciers de ce patrimoine. L'article 1410 nous montre donc que si la communauté n'est pas une personne morale, son patrimoine ne forme pas moins une masse à part, une universalité juridique qui ne se confond pas avec les patrimoines propres à chacun des époux; et ceci nous ramène à la construction de la Gesammte Hand. S'il existe un patrimoine séparé, il n'y a cependant pas personnalité juridique. Ce sont les deux époux qui dans leur union sont propriétaires de cette masse commune, mais, en vertu du principe germanique de l'inexistence d'une quote-part déterminée et aliénable (1), le droit de copropriété de la femme ne va pas permettre, comme il faudrait l'admettre dans le système de l'indivision romaine, aux créanciers personnels de la femme de poursuivre le paiement de leur créance, même sur la part de celle-ci.

Ces mêmes principes de la copropriété en main commune vont nous expliquer une autre règle du Code qui devient une anomalie dans la théorie de la personnalité juridique appliquée à la communauté entre époux. Dans notre régime il y a en effet une véritable confusion, de fait et de droit entre le patrimoine du mari et le patrimoine de la communauté ; avec le principe d'un être moral distinct, cette situation est inexplicable; la séparation des patrimoines, si elle était le résultat unique de l'existence d'une personne indépendante devrait nécessairement, exister aussi bien à l'égard du patrimoine du mari qu'à l'égard de celui de la femme. En ce qui concerne le premier, il est vrai, la confusion relative aux dettes contractées pendant la durée de la communauté pourrait au besoin se comprendre en raison de la difficulté qu'il y aurait, pour les créanciers, à distinguer des dettes personnelles du mari celles qui seraient simplement dettes de la communauté, le mari agissant de la même façon dans

(1) Cf. *infra*, chap. V, pp. 455 et ss.; *supra*, chap. I, p. 47.

les deux cas. Mais, ce qui devient inexplicable avec cette théorie, c'est la confusion qui existe à l'égard des dettes personnelles du mari antérieures au mariage (1). Dans ce cas la raison que nous venons d'indiquer n'existe plus. et il serait facile de séparer, de même que pour la femme, les dettes antérieures personnelles du mari de ses dettes postérieures.

Tout ceci s'explique cependant si l'on admet la conception de la propriété en main commune. Dans ce cas. s'il y a un patrimoine séparé, il ne faut pas oublier que ce n'est pas une personne distincte des époux qui en est le sujet. Ce sont les deux époux, le mari comme la femme qui en sont propriétaires. C'est dans ce principe que se trouve la solution de la règle établie par le Code; le mari étant co-propriétaire des biens communs avec la femme. il n'y a aucun obstacle à ce que la masse dont il est propriétaire pour une part indéterminée, part qui sera peut-être la totalité si la femme renonce à la communauté, se confonde avec les biens qui lui appartiennent en propre et qu'il administre en même temps avec des pouvoirs presque identiques. Et il est naturel par suite que ses créanciers personnels puissent poursuivre le paiement de ses dettes en vertu de l'art. 1409 sur tous les biens qui sont sa propriété et qui sont en outre dans sa main. Cette règle n'affecte pas le principe d'un patrimoine séparé; le passif propre à ce patrimoine reste en effet toujours distinct, car, en définitive, en vertu de la théorie des récompenses, la dette du mari demeurera à la charge de ce dernier (2). Et si l'on ne comprend pas que les créanciers personnels du mari puissent poursuivre des biens qui appartiendraient à une personne distincte, il est très simple au contraire qu'ils puissent se payer sur des biens qui sont la co propriété de leur débiteur. Qu'on ne nous objecte pas que dans ce cas ces créanciers du mari ne devraient pouvoi

(1) Cf. *supra*, chap. II. pp. 104 et suiv.

(2) Art. 1437.

poursuivre que la part qui appartient à ce dernier : ce serait là une conception romaine qui est loin de notre esprit ; pour nous la communauté entre époux se base sur le principe de la Gesammte Hand et, dans cette masse commune, il n'y a pas de quotes-parts déterminées pendant toute la durée du mariage ; en vertu de cette indétermination, dont cette décision de la loi même pourrait être la preuve, les créanciers du mari ont le droit de poursuivre tous les biens communs sans distinction d'une part propre au mari. C'est à la dissolution seulement que cette quote-part du mari se trouvera fixée (1) ; et, par la récompense que celui-ci devra pour le paiement de cette dette personnelle, celle-ci se trouvera en fait n'avoir porté que sur la valeur de cette part.

L'existence d'une masse patrimoniale séparée ainsi établie dans le régime de communauté du Code civil, il faut maintenant en déduire les conséquences nécessaires.

Qui dit patrimoine séparé a en vue un patrimoine actif auquel appartient un passif propre ; par suite de l'article 2092 les biens composant ce patrimoine séparé se trouveront de plein droit affectés aux dettes afférentes à ce patrimoine : c'est-à-dire que les créanciers du patrimoine de la communauté auront, à l'encontre des créanciers personnels des époux, un droit de préférence (2). Et comme la Gesammte Hand subsiste, même après la dissolution de la communauté, pour les besoins de la liquidation (3), il faut en conclure que ce droit de préférence des créanciers communs survit même à l'encontre des créanciers personnels des conjoints dont la créance serait née après la dissolution (4). C'est même durant cette période de la liquidation qu'apparaît en réalité le véritable intérêt de la question ; car pendant toute la durée de la communauté, la séparation des patrimoines et le droit de

(1) Cf. *infra*, chap. V, pp. 455 et ss.
(2) Cf. *supra*, chap. II, pp. 103 et suiv.
(3) Cf. *supra*, chap. I, p. 66.
(4) Cf. *supra*, chap. II, pp. 103 et suiv.

préférence des créanciers n'existent qu'à l'état latent pour ainsi dire, en raison de la confusion entre le patrimoine du mari et celui de la communauté Mais dès l'instant de la dissolution, cette confusion cesse, et les créanciers de la communauté pourraient prétendre, tant que dure la liquidation, que ce patrimoine commun reste leur gage exclusif. Avec la conception de la propriété en main commune ce droit de préférence peut se soutenir à l'encontre des créanciers personnels soit de la femme, qui seront nombreux, soit du mari, plus rares, mais qui pourront exister cependant (1) ; ces derniers auraient pu se faire payer sur les biens communs pendant la durée de la communauté en raison de la confusion que nous avons mentionnée ; et s'ils ne l'ont pas fait on peut décider qu'à partir de la dissolution ils ne le pourront plus ; et il en serait de même des créanciers personnels soit du mari, soit de la femme dont la créance serait née depuis la liquidation. On a dit, pour combattre cette conclusion, que les articles 1474, 1476, 1482 et 1484 semblent affirmer que les créanciers de la communauté n'ont pas le droit de se faire payer sur les biens de la communauté par préférence aux créanciers personnels des époux ; mais il nous semble aussi difficile de tirer sérieusement de ces articles un argument contraire à notre opinion, que d'y trouver un point d'appui en notre faveur.

Les conséquences que nous venons d'énoncer sont d'ailleurs loin d'avoir des inconvénients ; il nous paraît juste au contraire que les créanciers qui ont contracté en vue d'un gage déterminé, excluent, sur les biens qui constituent ce dernier, les créanciers qui n'ont pas directement traité en vue de ce gage. Et cependant la jurisprudence s'est cru obligée de repousser cette conclusion foncièrement équitable par une logique déduction de cette opinion, exacte aussi, que la communauté entre époux n'est pas une personne morale (2). Et

(1) Cf. *supra*, chap. II, p 105.

(2) Cf. Besançon, 24 juin. — Cassat., 18 avril 1860. — S., 1860, I, 305.

pratiquement cette solution de la jurisprudence, qui accepte à la dissolution la concurrence des deux catégories de créanciers est mauvaise, car elle accorde un faux crédit aux créanciers qui contractent avec le mari pendant la durée de la communauté; ils ont en effet pendant toute cette période un privilège qui cesse à la dissolution, ce qui est difficilement acceptable. Tant que dure la communauté, ces créanciers ont pour gage qui leur est propre, les biens de la communauté ; et c'est, en réalité, faire fournir par le mari une garantie fausse que de supprimer leur droit exclusif à la dissolution, Quelle raison y a-t-il pour qu'à ce moment le privilège de ces créanciers communs cesse ? Pour imposer cette loi du concours des créanciers personnels des époux il faudrait au moins un texte qui n'existe pas. Et si nous sommes en présence d'une masse de biens séparée, il n'est pas douteux que tant que dure la liquidation, ce patrimoine reste un patrimoine distinct ayant son passif propre : tant que la liquidation n'est pas terminée, celle-ci doit conserver aux créanciers communs le droit de préférence qui leur appartenait durant le mariage. Or nous avons établi que la conception d'un patrimoine séparé peut exister sans qu'il y ait nécessairement une personne morale (1) : nous pouvons donc, contrairement à la jurisprudence, et tout en restant dans les termes de ses décisions, donner aux créanciers de la communauté et leur conserver pendant la liquidation ce logique droit de préférence à l'encontre des créanciers personnels des époux, qu'elle leur refuse.

Et nous pourrons dire de même, en vertu de cette existence d'un patrimoine séparé, et sans cependant parler d'une propriété du mari ou d'un être moral distinct, que la compensation ne pourrait s'opérer entre une dette de l'un des époux et une créance de la communauté, question qui ne saurait d'ailleurs se poser à l'égard du mari (2).

(1) Cf. *supra*, chap. I, p. 45.

(2) Cf. *supra*, chap. II, p. 108.

§ III. — Dans cette universalité juridique et séparée que constitue le patrimoine de la communauté, on ne saurait, conformément aux principes de la propriété commune, distinguer, tant que dure l'association conjugale, des quotes-parts déterminées appartenant à chacun des époux. Tant qu'il y a communauté, on ne peut pas dire que dans la masse commune l'un des époux a droit à tant : cette délimitation de la valeur de sa part ne s'effectue qu'à la dissolution.

Il ne faut pas objecter à ce principe de l'existence d'un droit, réel mais indéterminé jusqu'au partage, que la loi, au contraire, entend très nettement fixer la proportion, pendant le mariage, de la part de chaque conjoint, part qui serait égale à la moitié. Car, même s'il fallait admettre que ce fût là la véritable pensée du Code, il serait impossible, jusqu'à la liquidation et au partage, de déterminer la valeur de cette moitié. Mais il ne nous semble pas que telle soit la conception de la loi ; celle-ci n'établit, en effet, ce droit de moitié que pour le cas où le mariage se dissout : l'article 1474, qui établit le principe du partage de la communauté par moitié, est placé dans la section V dont le titre est « *du partage de la communauté après l'acceptation* », c'est-à-dire après la dissolution ; et les termes mêmes de la loi sont évidents « après que tous les prélèvements des deux époux ont été exécutés sur la masse, le surplus se partage par moitié entre les époux ou ceux qui les représentent ». Le Code envisage donc exclusivement le cas où la communauté est dissoute, car c'est dans ce seul cas qu'il peut y avoir « partage » et nulle autre part la loi ne parle d'un droit de moitié qui existerait déjà pendant la durée du mariage ; cette quote-part n'est effectivement déterminée dans sa valeur que lorsque les récompenses réciproques ont été payées, et les divers prélèvements opérés. Notre Code Civil est donc en cette matière absolument conforme aux principes de la copropriété germanique.

Qu'on ne nous oppose pas l'article 1423 qui dit que « la donation testamentaire faite par le mari ne peut excéder *sa part* dans la communauté ». La loi ne se place encore au

point de vue de l'idée d'une quote-part qu'à l'époque où la communauté sera dissoute : la donation testamentaire n'a d'effet qu'à la mort du donateur, et celle-ci dissout la communauté (1) et ce ne sera qu'après la liquidation que l'on pourra savoir si cette libéralité excédera ou non la part du défunt dont on ne connaîtra pas auparavant le montant. Et cet article 1423 nous donne même la preuve que durant la communauté un époux, ici le mari, ne peut prétendre à un droit particulier et propre sur aucun des objets composant la masse commune ; car l' « effet de la communauté » qui serait ainsi donné par lui ne pourra être réclamé en nature qu'autant que par suite du partage il tombera dans le lot des héritiers du mari ; cette décision indique bien que, jusqu'après le partage, il n'y a rien de précis et de déterminé dans le droit des époux sur les objets composant la communauté.

Il en est de même de l'article 1425 : « Les condamnations prononcées contre l'un des deux époux pour crime emportant mort civile ne frappent que *sa part de la communauté* et ses biens personnels » (2). Il ne faut pas induire de ces termes « sa part de la communauté » que la loi a entendu établir une copropriété à la romaine ; ces mots, pour la même raison que précédemment, ne peuvent encore viser que l'époque de la liquidation : la mort civile en effet entraînait la dissolution de la communauté, et par suite la naissance des quotes-parts (3). Et ce qui est très concluant en notre sens, c'est que l'article 1424 qui vise les « amendes encourues par le mari pour crime *n'emportant pas mort civile* » (amendes qui doivent en définitive rester à la charge du mari par le moyen d'une récompense, mais qui, en vertu des pouvoirs du mari et de la règle que toute dette du mari est dette de la communauté, portent sur les biens communs), décide que

(1) Cf. art. 1441.

(2) Cet article n'a plus d'application pratique, car la mort civile a été abolie par la loi du 31 mai 1854.

(3) Cf. art. 1441.

pendant la durée de la communauté ces amendes affectent l'ensemble du patrimoine sans détermination de quote-part; la loi dit qu'elles « peuvent se poursuivre sur les biens de la communauté sauf la récompense due à la femme »; elle ne fait pas ici de distinction, comme précédemment, d'une part au delà de laquelle ces amendes ne pourraient obliger la communauté. La raison en est qu'un crime qui n'emporte pas mort civile ne dissout pas la communauté; le texte envisage donc la communauté comme existant, et tant que celle-ci dure, d'après les principes de la propriété en main commune, il ne saurait être déterminé une quote-part au profit de l'un des époux.

Enfin la théorie des récompenses comme nous l'avons déjà fait remarquer pour l'époque antérieure (1) est encore dans le sens de ce principe de la co-propriété germanique. De ce que les époux peuvent avoir droit à une récompense à la dissolution, il résulte que jusqu'au règlement définitif de la liquidation on ne peut déterminer quelle est la valeur de la part qui reviendra à chaque époux; cette part sera plus ou moins grande selon les cas.

Il faut donc dire que dans le régime de communauté entre époux de notre Code civil il n'y a, pendant toute la durée du mariage, que des « expectatives », ou « Anwartschaften » (2), appartenant à chacun des conjoint, expectatives qui acquièrent une consistance réelle seulement au jour de la dissolution. Mais cette part indéterminée n'en constitue pas moins déjà pendant la communauté un solide et réel droit de copropriété au sens germanique; l'article 1492 nous le prouve, car on ne peut renoncer qu'à un droit qui existe déjà, et la loi nous dit en effet que par sa renonciation la femme « perd tout espèce de droit... » (3). Mais ce droit n'est pas délimité, on ne peut pas dire tant que dure le mariage, ni pour le mari ni pour la femme, que l'un d'eux aura droit à telle partie du

(1) Cf *supra*, chap. III, p. 325 et ss.
(2) Cf. *supra*, chap. I, pp. 48, 49, chap II, p. 204.
(3) Cf. *supra*, chap. II, p. 100.

patrimoine commun; car à la dissolution le droit du mari pourra se trouver soit diminué par les récompenses qu'il pourra devoir, soit étendu jusqu'à la totalité du patrimoine par le fait de la renonciation de la femme; et quant à celle-ci elle pourra recueillir une part que pourront augmenter les récompenses dues par le mari, et qui pourra se réduire à rien, si elle n'accepte pas la communauté.

C'est pourquoi ces parts indéterminées ne sont pas aliénables; le mari ne peut vendre son droit ni la femme non plus. Car le mari pourrait vendre une part qui se réduirait peut-être à rien par suite de sa mauvaise administration et la femme pourrait aliéner une part qu'elle rendrait inexistante par sa renonciation.

Ce sont bien là les principes caractéristiques de la Gesammte Hand; il ne faut en effet pas objecter qu'à la mort de l'un des conjoints sa part se transmet héréditairement, tandis que s'il n'y avait pour lui qu'une simple « Anwartschafts quote » cette part accroîtrait simplement à l'autre époux (1). Cette inexistence d'un droit déterminé aliénable et transmissible héréditairement ne se conçoit en effet que pendant la durée de la communauté seulement: à la dissolution de cette dernière, la quote-part se détermine et par suite peut être transmise soit entre vifs, soit à cause de mort. Or le décès de l'un des époux a pour effet immédiat et principal de dissoudre la communauté et de déterminer à l'instant même la consistance du droit de l'époux dans la masse commune, droit qui, dégagé des liens de la communauté, devient un droit déterminé de propriété ordinaire.

Cette indétermination des quotes-parts se retrouve dans notre droit civil à l'occasion du passif; en tant qu'une dette est une dette de la communauté on ne peut parler pour chaque époux d'une quote-part dans celle-ci; car, même à la dissolution, époque à laquelle apparaissent les quotes-parts

(1) Cf. *supra*, chap. I, p. 53, chap. II, p. 160, p. 204, chap. III, p. 303, chap. IV, p. 359, 367, 407.

déterminées des époux dans la masse commune, le passif n'est pas en réalité partagé au prorata de ce que chaque époux ou ses représentants recueillent de l'actif; bien que le Code dise que chaque époux est tenu pour moitié des charges de la communauté, il ne s'agit en réalité toujours que de parts à un patrimoine total diminué des dettes : l'actif seul, moins le passif, est partagé et donne naissance à des quotes parts (1).

Tout ce caractère d'indétermination des droits des conjoints sur la masse commune se trouve prouvé encore par ces deux règles, que l'on rencontre dans toutes les communautés en main commune (2) et que le Code a conservées ; la jouissance du patrimoine conjugal appartient aux époux en commun sans délimitation, et les bénéfices et les pertes profitent ou nuisent à tous deux.

Ce n'est, en effet, pas d'après une quote-part établie et proportionnelle à son droit de co-propriété, comme le voudrait l'indivision romaine, que chacun des époux a le droit d'user des biens communs et de jouir de leurs fruits ; la règle est celle des vieilles communautés tacites : chacun prend dans la masse ce qui est nécessaire à son usage journalier : c'est là la seule limite qui lui est imposée, ne serait-il même la cause d'aucun bénéfice pour la communauté.

De même les bénéfices et les pertes qui surviennent sont communs; les époux sont « auf gemeinsamen Gedeih und Verderb (3) », quelle que soit la proportion dans laquelle chacun d'eux en est la raison. Et ces deux règles sont très concluantes de nos jours où le mari est certainement, au moins dans une certaine classe sociale, la plus grande cause d'acquisitions pour la communauté. Et pourtant les bénéfices qui résultent de son travail appartiennent aussi bien à la femme qu'à lui ; ceci est également vrai des pertes, qui

(1) Cf. *supra*, chap. II, p. 208.

(2) Cf. *supra*, chap. I, p. 18 ; chap. IV, p. 357, 366 et et 405.

(3) Cf. *supra*, chap. I, p. 55 ; chap. IV, p. 397 p. 366 et 406.

peuvent plus ordinairement provenir du fait du mari, celui-ci ayant, comme chef de la communauté, des pouvoirs presque exclusifs sur le patrimoine commun.

§ IV. — Nous venons de déterminer les règles fondamentales qui caractérisent l'objet de la communauté entre époux ; il nous faut voir maintenant quel est le sujet de la Gemeinderschaft zu Gesammter Hand dont nous venons de parler.

Le sujet du patrimoine commun n'est ni le mari seul, qui ne saurait en être propriétaire (1), ni une personne distincte représentée par lui (2) ; les époux ne transmettent pas, par la conclusion du mariage, leurs biens à une troisième personne, mais restent propriétaires du patrimoine commun (3). Et le sujet apparaît comme une unité externe constituée à l'intérieur par les deux époux dans leur union ; c'est la Gesammte Hand des deux époux qui est propriétaire du patrimoine conjugal ; c'est elle qui apparaît à l'extérieur, et que le Code désigne fréquemment par l'expression de « *communauté* » lorsqu'il l'oppose aux droits particuliers des deux époux. Nous ne concluons pas de ce terme, comme les partisans de la personnalité juridique, à l'existence d'un être distinct des deux époux, et nous pouvons tout autrement expliquer cette opposition que fait la loi dans différents cas entre le mari et la femme d'une part, et la communauté d'autre part. Nous avons en effet maintes fois insisté sur ce point que dans la conception de la Gesammte Hand, les membres de l'association peuvent avoir individuellement des droits ou des obligations distincts des droits et obligations appartenant à l'unité juridique qu'ils forment dans leur ensemble. C'est pourquoi il y a d'un côté une sphère commune, et de l'autre une sphère individuelle, et par suite la communauté, ou mieux la Gesammte Hand des époux peut, sans qu'il soit nécessaire pour cela d'imaginer l'exis-

(1) Cf. *supra*, chap. II, p. 97 et ss.

(2) Cf. *supra*, chap. II, p. 102 et ss.

(3) Cf. *supra*, chap. I, p. 37 ; chap. II, p. 203.

tence d'une tierce personne, se trouver créancière ou débitrice des associés individuellement, et réciproquement (2). Et voilà pourquoi le Code a pu, d'une façon très frappante, parler des récompenses dues soit par les époux à la communauté, soit par celle-ci au mari ou la femme, et opposer dans d'autres cas encore la « communauté » aux époux. C'est l'unité collective qui est mise en regard de l'unité individuelle, et il n'y a là que l'expression d'un principe de la Gesammte Hand. Le mot communauté est pris dans le sens de l'unité externe, qui se sépare de l'individualité de ses membres, sans être l'expression de la conception d'une personne distincte; la Gesammte Hand, dans son unité apparente, se compose à l'intérieur du mari et de la femme; c'est une « unité collective (3) ». Ce sont donc les deux époux dans leur union qui sont les copropriétaires du bien commun, non pas d'après le principe d'une indivision romaine, mais d'après la conception du Miteigenthum germanique.

Cette forme du sujet dans la communauté en main commune va nous fournir une autre explication d'une solution qui a servi de point d'appui à la théorie de la personnalité juridique. Si le mari et la femme, conjointement avec un étranger contractent en effet une obligation, celle-ci ne sera pas considérée comme tripartite; l'étranger sera obligé pour une moitié et les deux époux conjunctim pour une autre. Il y a là pour nous une conséquence naturelle de l'unité du sujet de la Gesammte Hand; lorsque les deux époux agissent ensemble, ou « communi manu », ils entendent contracter indivisément pour la Gesammte Hand; dans leur union ils ne forment qu'un seul sujet de droits; et leurs deux individualités confondues ne comptent que pour une seule dans l'obligation ainsi assumée conjointement avec un tiers. Il n'y aura donc que deux débiteurs : la Gesammte Hand des époux

(2) Cf. *supra*, chap. I, p. 42, chap. II, p. 203, chap. IV. p. 358 et 4[illegible]4.

(3) Cf. *supra*, chap. I, p. 37 Gierke : *Deutsch. Privatr*, p. 682.

d'une part, et l'étranger de l'autre. Et voilà pourquoi la dette se divise par moitié.

Cette conception juridique nous conduit également, à l'égard des art. 560 du Code commercial et 1409 du Code civil, à une solution plus favorable pour la femme que celle qu'admet la jurisprudence (1). Une femme qui réclamait des effets personnels vendus par le syndic de la faillite de son mari, s'appuyait, pour être soustraite aux exigences de ces deux articles, sur cette prétention qu'il ne s'agissait pas là d'une créance contre le mari, mais contre un tiers, la communauté personne morale. La Cour de cassation repoussa cette prétention en invoquant cette idée que la communauté n'est pas une personne morale (2). Il est certain que la raison qu'elle donne est excellente, et, comme elle, nous disons qu'il n'y a pas dans la communauté un être distinct des deux époux; et cependant la solution ne nous semble pas bonne; dans la théorie de la propriété en main commune nous soutiendrons la prétention de la femme; il ne s'agit réellement pas en effet d'une créance contre le mari, mais contre l'unité de la Gesammte Hand représentée par ce dernier. La femme ne saurait donc pas être soumise aux rigeurs de ces deux articles.

§ V. — La communauté en main commune des époux, telle que nous la trouvons organisée dans le Code civil, répond quant à l'administration du patrimoine commun à la forme secondaire adoptée par la Gesammte Hand (3), et que nous avons déjà rencontrée en France postérieurement au XIIIe siècle dans notre institution (4). Cette administration n'est plus exercée par l'action commune des deux ayants-droit; elle revêt la forme de la gestion unitaire par l'intermédiaire d'un représentant.

(1) Cf. *supra*, chap. II, p. 106.
(2) Cassat., 16 janv. 1877, S. 1877, I, 169.
(3) Cf *supra*, chap. I, p. 57 et ss., chap IV, p. 356, p. 367.
(4) Cf. *supra*, chap. III, pp. 283 et ss. Cf. chap. II, pp. 149, note 3, 177, 183, 206, 215.

Comme à l'époque précédente, c'est au mari qu'incombe ce droit et ce devoir de diriger la communauté; il représente l'unité de la Gesammte Hand formée du mari et de la femme.

Il semble bien que le Code ait incliné plutôt vers une pensée de protection à l'égard de la femme, et l'article 213 pourrait encore fortifier cette opinion. Mais ce n'est pas là l'idée exacte qu'il faut se faire de l'autorité maritale du Code. Il paraîtrait difficile de comprendre dans notre droit que la femme mariée ait besoin de plus de protection qu'une fille ou qu'une veuve; le mari n'est pas dans le Code civil un protecteur, un curateur légal de sa femme; il n'y a en réalité que le principe du mari, chef du ménage, avec la notion de discipline (1). Une idée de protection ne correspond pas à l'état des faits et des mœurs actuels; et, née du droit romain cette conception ne répond pas à la vérité des principes historiques, ainsi que nous l'avons montré (2). Tout le monde est d'accord en effet pour reconnaître que les idées sur la puissance maritale ont traversé le moyen-âge pour venir jusqu'à nous sans altération (3) et les principes établis par le Code sont encore ceux de l'ancien droit franc de Beaumanoir et du Sachsenspiegel (4).

Or nous avons dit déjà que ces principes sur la puissance maritale, même à l'époque tout à fait primitive où le régime conjugal représentait une simple union des biens sans com-

(1) Cf. Lefebvre : Cours 1897-1898.

(2) Cf. *supra*, chap. II, p. 135, 154, chap. III, p. 283, 317, chap. IV, p. 406.

(3) Cf. Laboulaye : op. cit., p. 142.

(4) L'art. 213 du Code civil : « le mari doit protection à sa femme, la femme obéissante à son mari », ressemble au chap. IX du Schwabenspiegel : « der Mann ist seines Weibes Vogt und Meister ». — Cf Sachsensp., I, 45, § 1; III 45, §3. — Cf art. 215 du Code civil et Sachsensp., I, 46 : « Magd und Weib müssen aber Vormünder haben zu jeder Klage..... » Cf. art 217 du Code civil et Sachsensp, I, 45, § 2 : « Ein Weib mag auch ohne ihres Mannes Gehof nicht ihres Gutes vergeben oder Eigen verkaufen oder Leibzucht auflassen durch dass er mit ihr in den Gewеren sitzt ». — Cf. Zœpl : Op. cit. III, *supra*, chap. III, pp. 285 et ss.

munauté, doivent se ramener à la conception d'un mari chef du ménage et de l'association conjugale, sans que la notion du mundium marital implique une idée de tutelle ou de protection (1). Il faut donc retourner aux véritables principes germaniques et francs, qui se sont toujours conservés dans nos coutumes (2) et que le Code n'a nullement manifesté l'intention de modifier (3). Ce sont ceux que l'on reconnaît dans les pays germaniques au Code Napoléon : « Le Code Napoléon, dit Barazetti, a conservé la puissance maritale du droit Allemand ancien dans son sens propre » (4).

Le mari représente la communauté et administre seul son patrimoine. Mais il n'y a pas là pour lui un droit de propriété, et le principe d'une copropriété subsiste. Le pouvoir étendu du mari agit seul, et exclut presque toute action de la femme non dans ce sens que le mari dispose des biens communs comme propriétaire, mais dans ce sens qu'il agit, à l'égard de ces biens réunis en une seule masse, comme chef du ménage et représentant de la Gesammte Hand (5). Il administre comme chef de la communauté conjugale, non pas en partie par son droit et en partie par le droit de la femme, mais par le droit unifié des époux réunis (6). Mais, comme chef de ménage il n'agit cependant pas encore en vertu d'un droit personnel, comme un propriétaire; car dans la volonté unique de la Gesammte Hand qu'il représente, la volonté de chacun des membres reste retenue, et le mari n'est que le moyen fourni à cette volonté commune des deux époux d'apparaître à l'extérieur et d'agir comme une unité (7). Il se trouve dans la situation d'un « maistre » de

(1) Cf. *supra*, chap. II, p. 135, chap. III, pp 283 et ss.

(2) Cf. *supra*, chap. III, pp. 253 et ss.

(3) Cf. *supra*, chap. V, p. 413.

(4) *Das Eherecht nach dem Code Napoléon und dem badischen Landrecht*, § 34.

(5) Cf. *supra*, chap, II, p. 135, 154, 206.

(6) Cf. *supra*, chap I, 62, chap. II, p. 206, chap. III, p. 284.

(7) Cf. *supra*, chap I, pp 62 et ss.

communauté taisible, et de tout chef d'une communauté en main commune. Il a par suite des pouvoirs extrêmement étendus sur les biens de la communauté ; non seulement il les administre seul ; mais « il peut les vendre, aliéner, hypothéquer sans le concours de la femme » (1), son droit est des plus larges et n'a d'autre frein que son propre enrichissement.

Nous avons maintes fois eu l'occasion de remarquer que ce pouvoir presque absolu du mari n'est pas un principe contraire à la conception de la Gesammte Hand ; il représente la deuxième phase dans l'évolution parcourue par le régime d'administration des Gemeinderschaften zu Gesammter Hand ; et c'est au contraire un principe de tutelle qui se trouverait profondément opposé à la conception d'une copropriété en main commune (2). Et les mots : « sans le concours de la femme » de l'art. 1421 sont encore la trace d'un souvenir de la forme originaire de l'administration de la Gesammte Hand à l'époque où en France l'action des deux époux était exigé pour tous les actes importants de la vie conjugale. La forme rajeunie de la copropriété en main commune n'exige plus ce concours et donne plein pouvoir au mari seul ; c'est une évolution que nous avons rencontrée également dans toutes les situations semblables et particulièrement dans son application à la communauté entre époux en Allemagne (3 ; et en France, comme dans ce dernier pays, nous retrouvons un reste de l'ancien principe dans une restriction importante apportée par l'art. 1422 aux pouvoirs du mari en matière de donations. Et c'est à l'occasion de cet article qu'il devient très important de rétablir les règles historiques de notre régime conjugal.

Le Code interdit au mari, dans le domaine de l'article 1422 : 1° toute donation d'immeubles ; 2° toute donation qui

(1) Art. 1421.

(2) Cf. *supra*, chap. I, p. 61 et ss , chap. II, p. 149, note 3, p. 155, chap. III, p. 283.

(3) Cf. *supra*, chap II, p. 149, note 3, p. 155.

porterait sur l'universalité ou une quote-part du mobilier : 3° les donations de meubles à titre particulier avec réserve d'usufruit à son profit.

Il est certain que la loi, dans ce texte a voulu, en face de l'art. 225 de la Coutume de Paris, dont la restriction relative à la fraude avait donné lieu à des interprétations diverses et délicates, préciser par une présomption légale, quelles seraient les donations qui seraient considérées comme faites en fraude des droits de la femme (1). L'art. 1422 contient donc encore l'idée d'une fraude, et il y a une présomption légale que les actes ainsi interdits ont été accomplis dans des circonstances qui entraînent leur annulation ; ce qui prouve encore que la femme dans le Code conserve sa véritable situation de copropriétaire et d'associée.

En ce qui touche ces actes, nous échappons, avec la conception de la propriété en main commune, aux solutions qu'entraîneraient les idées de personnalité ou de copropriété romaine.

Dans la théorie de la Gesammte Hand, ce qui est le principe de droit commun, c'est le fait de la collaboration, de l'action à deux des associés. Le fait de concentrer les pouvoirs aux mains d'un chef n'est que le cas exceptionnel et par suite là ou ce pouvoir de gestion unitaire s'arrête, il faut retourner au droit commun de l'institution et admettre l'action commune des associés pour la validité de l'acte interdit au chef agissant seul (2).

Lorsqu'une donation interdite par l'art. 1422 a été faite par le mari il faut se demander d'abord qui pourra intenter l'action en nullité, et ensuite quand elle pourra être intentée.

Il est évident que cette action appartient à la femme et à

(1) La jurisprudence est dans ce sens. — Cf. Rouen, 25 janvier 1860. *Dalloz*, 1867. 5, 86. — Toulouse, 22 juillet 1865. — *Dalloz*, 1865, 2, 162.

(2) Cf. *supra*, chap. I, 63, chap. II, p. 149, 155, 177, note 1, 207, chap. IV, pp. 356, 367 et 406.

ses héritiers à la dissolution : mais appartient-elle aussi au mari pendant le mariage ?

Si l'on accepte que la communauté est une personne morale, il n'est pas douteux que le mari pourra au nom de la communauté propriétaire des biens donnés, poursuivre cette action en nullité. Et même si on repousse cette conception de personnalité pour admettre un principe de copropriété à la romaine, on pourrait encore décider que le mari a donné ce qui ne lui appartenait pas, au moins pour la moitié, et il pourrait intenter l'action qui appartiendrait à la femme pour cette part et agir immédiatement au nom de cette dernière.

Ces solutions sont d'ailleurs repoussées par la doctrine qui fait valoir cette idée que, tant que dure la communauté, on ne peut savoir quel parti la femme prendra à la dissolution ; mais on pourrait cependant contredire cette idée, car, quand bien même la femme renoncerait, il n'en est pas moins vrai que durant la communauté elle est néanmoins copropriétaire, et que pour une moitié le mari a donné le bien d'autrui.

Avec notre théorie de la Gesammte Hand quelle sera la solution à admettre ? Il est certain que si l'action en nullité est acceptée, il faudra l'accepter pour le tout, parce que tant que dure cette propriété en main commune, aucun des ayants droit ne pouvant prétendre à une quote-part délimitée, on ne peut dire que le mari ait disposé dans une proportion déterminée du bien d'autrui, et l'acte devra être annulé pour le tout.

Il nous paraît certain aussi que, même pendant la durée de la communauté, l'action en nullité appartiendra au mari. En effet l'acte qu'il a accompli en dépit de l'art. 1422 est un acte pour lequel son pouvoir de chef de communauté cesse ; il est un de ces cas dans lesquels le droit commun de la Gesammte Hand doit reprendre sa place ; l'acte est donc nul à l'égard de la Gesammte Hand des époux, et comme il repré-

sente cette dernière il aura en son nom le droit de demander l'invalidation de cet acte.

La femme aura-t-elle le droit de poursuivre la nullité de la donation ? Il est évident qu'elle ne le pourra pas avant la dissolution, et encore faudra-t-il qu'elle accepte. Mais dans ce cas cette action pourra-t elle être intentée avant tout partage ou bien la femme devra-t-elle attendre la formation des lots ?

Dans cette deuxième solution il va de soi qu'il faudrait encore, pour que l'action pût être valablement intentée, comprendre fictivement le bien donné dans la masse partageable ; et il n'y aurait nullité que si ce bien tombait dans le lot de la femme. Dans le cas contraire le mari serait censé avoir toujours été propriétaire de ce bien et la donation resterait valable réotractivement. C'est là la solution généralement acceptée : la femme doit attendre le partage et la mise dans son lot du bien donné.

Cependant M. Guillouard permet à la femme de faire tomber la donation pour le tout avant tout partage. Et s'il est vrai que cette révocation anticipée et totale ne cadre point avec l'idée d'une copropriété romaine, elle est parfaitement en harmonie avec notre théorie de la propriété commune dans laquelle chaque époux se trouve avoir sur les biens communs un droit indéterminé et égal.

Mais la question la plus importante en cette matière est celle-ci : la femme concourant à la donation interdite du mari peut-elle la rendre valable, et peut-elle par suite renoncer à l'avance à se prévaloir de la nullité ?

La négative s'impose de droit avec la théorie de la personnalité ; il s'agirait ici en effet d'une simple question de pouvoirs, c'est-à-dire de savoir qui a qualité pour représenter la communauté ; or ce droit n'appartient indubitablement pas à la femme.

Dans le système de la copropriété romaine, l'affirmative ne se déduit pas absolument : certains auteurs considèrent que cette opération s'analyse en deux donations distinctes

portant chacune sur la part indivise de chaque époux. On dit que, même avec le concours de la femme, la donation reste interdite, car elle n'est pas permise à la femme parce que, de sa part, ce serait escompter son acceptation ; et elle est défendue au mari car lui aussi disposerait d'une part qui dans l'avenir pourraît être mise dans le lot de son épouse, et qui par suite n'aurait jamais appartenu au mari ; et on conclut que si les deux donations sont nulles, le fait de les associer ne les rend pas valables.

Cependant il a pu sembler que ces résultats étaient peu en harmonie avec ce caractère, propre à la communauté entre époux, de réaliser cette collaboration de la femme et du mari. Aussi la jurisprudence est-elle arrivée depuis longtemps à valider ces donations conjointes (1). Et elle en donne cette raison, qu'à supposer exacte l'idée qu'une donation faite par l'un des époux soit nulle, il est faux de considérer, dans la théorie de la copropriété (2), la donation conjointe comme deux donations : il s'agit d'une opération une et indivisible, faite par les deux ayants droit, sans que chacun ait l'intention de limiter sa donation à une moitié.

Avec ces raisons que donne la jurisprudence pour appuyer une solution très logique, nous retombons exactement dans les principes de notre théorie de la copropriété germanique, c'est-à-dire d'une indivision dans laquelle les droits des époux sont indéterminés et indivisibles. Et ce qui, dans la théorie de la jurisprudence, paraît une dérogation au principe de la copropriété romaine, rentre dans le droit commun de la copropriété en main commune : l'acte qui ne peut être accompli par le représentant de la Gesammte Hand seul, fait partie du domaine de l'action commune ; accompli par les deux Gesammthænder il deviendra pleinement valable.

(1) Cf. Cassat., 5 février 1850, — S., 1850, I, 337. — Cf. Aubry et Rau : V, § 509.

(2) La jurisprudence repousse en effet la théorie de la personnalité juridique. — Cf. *supra*, chap. II, p. 106, 107, 113, 178, chap. V, p. 453.

Et remarquez d'ailleurs combien, dans le Code, se sont conservée les anciens principes de la Gesammte Hand ; car c'est en général toujours lorsqu'il s'agit d'aliéner des immeubles, ou une quote-part du patrimoine, que cesse le pouvoir unitaire du chef, et que l'action commune reprend son empire dans toutes les applications de cette conception juridique (1). Il faut donc, en donnant une base logique à la solution de la pratique, admettre avec elle que le concours de la femme à la donation interdite au mari seul, rend celle-ci pleinement valable.

Cette solution est tout à fait en harmonie avec l'ancien droit et les solutions de Pothier (2) et de Lebrun (3); elle devait donc être aussi celle du Code, qui a consacré habituellement les décisions de ses guides, et elle semble en effet être celle que la loi adopte : l'article 1422 défend la donation « *sans le concours de la femme* », ce qui paraît vouloir dire qu'avec le concours de cette dernière elle sera parfaitement valable. De plus puisque, comme nous l'avons observé, l'article 1422 établit une présomption de fraude aux droits de la femme, cette solution s'impose, car la présence de la femme écartera cette présomption. Enfin il faut remarquer que c'est là la solution adoptée en Allemagne en matière de donations cans les communautés entre époux des coutumes et du Code Napoléon (4).

Cette question des donations faites par le mari va nous entraîner sur un autre terrain. Et nous allons voir qu'avec les principes de la Gesammte Hand on peut arriver à étendre la responsabilité du mari à l'égard de ses actes sur les biens communs.

En principe le mari est omnipotent, et n'est pas chargé de rendre compte de ses agissements ; c'est là aussi une règle qui s'applique à tout chef d'une communauté zu Gesammter

(1) Cf. *supra*, chap. I, p. 63, chap. II, p. 149, chap. IV, 356, 367, 406.
(2) *Traité de la communauté*, p. 494.
(3) *Traité de la communauté*, p. 212.
(4) Cf. *supra*, chap. II, p. 177, 207.

Hand (1). Mais il faut combiner ce principe avec cet autre que tout chef d'une communauté en main commune ne doit agir que dans l'intérêt de celle-ci (2). Et ce dernier principe se retrouve dans le Code sous cette idée que le mari ne doit pas agir en fraude des droits de la femme, c'est-à-dire en réalité de la communauté. Cette pensée est la base de l'article 1422 qui établit une présomption légale de cette fraude à l'égard de certains actes.

Mais de ce que les donations énumérées par ce texte sont présumées frauduleuses, cela ne veut pas dire qu'il n'y ait de frauduleux que ces seuls actes prévus. En effet, ce fait que le Code civil a entendu appliquer la restriction formulée par l'article 225 de la Coutume de Paris suffit à établir que le principe de l'ancien droit a été consacré comme conception générale. Le principe est donc que toute donation faite en fraude des droits de la femme est prohibée ; mais tandis que pour celles prévues par l'article 1422 la présomption de la loi dispense de toute preuve, pour celles qui ne rentrent pas dans l'énumération de cet article, il y aura une preuve à fournir, et ce sera aux tribunaux à apprécier cette fraude. On peut donc dire qu'il y a dans la loi d'abord les donations prévues par la loi, présumées frauduleuses, interdites comme telles, sans qu'il y ait de preuve à faire ; et ensuite les autres donations non prévues par la loi, à l'égard desquelles il existe une présomption contraire, qui pourra être détruite par la preuve, toujours permise, de la fraude.

Ne faut-il pas généraliser ce principe des donations frauduleuses et l'appliquer aussi aux actes à titre onéreux, sauf aux tribunaux à apprécier ?

Théoriquement l'affirmative est certaine : du moment que l'on admet une prohibition qui n'est pas limitée aux termes de l'article 1422, c'est que ce principe est général. Il faudrait donc l'appliquer à tous les actes du mari, même à titre oné-

(1) Cf. *supra*, chap. I, p. 62, chap. II, p. 149, 155, 206.

(2) Cf. *supra*, chap. I, p. 63, chap. II, p. 149, note 3, 206.

reux. Et nous avons vu que Guy Coquille dans l'ancien droit admettait cette extension (1).

Cependant, au point de vue pratique on a rencontré des difficultés. Il y a d'abord l'intérêt des tiers qui, en vertu des principes de l'action paulienne, empêchera en fait bien souvent d'arriver à l'annulation de l'acte ; mais il resterait toujours néanmoins une responsabilité pécuniaire du mari. En outre la doctrine et la pratique actuelle se basent encore sur cette idée de l'ancien droit que le mari peut même perdre et dissiper les biens de la communauté parce qu'il n'est pas chargé de rendre compte. Mais je remarque que si c'est là l'interprétation abusive des pouvoirs du mari par la doctrine ancienne, la loi ne fait nulle part mention de ce droit d'abus. Certes le mari n'a pas de comptes à rendre ; mais pour nous le Code a consacré la théorie historique de la Gesammte Hand ; il faut donc affirmer, en vertu de ce caractère juridique de la communauté, que si le chef de l'association conjugale n'est pas chargé de rendre compte, cette dispense se restreint aux limites qu'impose l'intérêt de la communauté que son représentant doit seul servir. Et la jurisprudence semble d'une façon générale admettre ce principe en décidant que le mari est tenu de justifier, sinon de l'utilité et de la légitimité, tout au moins de la réalité et de l'importance des dépenses qu'il a faites et que s'il ne peut prouver l'emploi des sommes encaissées par la communauté il en doit récompense (2).

Et je note que ce principe même a déjà reçu des applications pratiques, précises ; d'abord pour certains actes accomplis en vue du divorce ou de la séparation de corps. Il y a dans ce cas une situation analogue à la faillite, où les actes accomplis pendant une époque antérieure à la déclaration de faillite peuvent être annulés ; ces actes sont considérés comme frauduleux. Il en est de même de ceux qui, accomplis à la veille d'une instance en divorce auraient eu pour but de nuire à la femme.

(1) Cf. *supra*, chap. III, p. 318.
(2) Paris, 10 mai 1870 ; Bordeaux, 16 avril 1896.

Ensuite pour les aliénations à fonds perdu. Si le mari vend un immeuble de la communauté à rente viagère constituée sur sa tête seulement, et non réversible sur celle de sa femme, cette vente peut être considérée comme une libéralité déguisée de la part du mari. ressemblant à une donation avec réserve d'usufruit, lorsque d'une part elle comprend l'universalité des biens de la communauté et que d'autre part l'un des époux est dans un état de maladie menaçante (1).

Pour ce qui est de l'annulation de ces actes la jurisprudence admet les principes de l'action paulienne en ce qui concerne les tiers de bonne foi : il faut que le tiers ait été complice de la fraude. Mais ici il ne suffira pas de prouver la simple complicité objective ; il faudra une complicité subjective, car ici la fraude au lieu de se caractériser par la nature matérielle de l'acte, réside dans l'intention de préjudice. Cela tient à ce qu'en cette matière il n'y a pas un acte en soi, dans sa nature juridique, si préjudiciable soit-il, qui ne soit valable, qui ne rentre dans les pouvoirs du mari. Cet acte ne peut être frauduleux que par l'intention. Et alors ce serait tout acte quelconque s'il était prouvé qu'il a été accompli uniquement dans le but de préjudicier à la communauté. Enfin, la récompense dans ces hypothèses, car l'annulation serait très rare dans ce cas, serait moins du bénéfice réalisé par le mari que du dommage causé à la femme, en vertu de l'article 1382.

Il est intéressant de noter que l'application de ce principe a été faite expressément par la loi au cas d'instance en divorce. Du moment où l'instance est introduite, c'est-à-dire à partir de la citation en conciliation, il est dit (2) que toute obligation contractée à la charge de la communauté, et toute aliénation d'immeubles communs seraient annulées si ces actes étaient faits en fraude des droits de la femme.

(1) Cf. Paris, 21 juillet 1871, s. 1872, 2, 301. — Bordeaux, 7 février 1878, S. 1878, 2, 258.
(2) Art. 243.

On a justement voulu soutenir, par argument *a contrario* tiré de cet article, que le Code ne permettait pas à la femme d'attaquer les actes faits par son mari en fraude de ses droits; la conséquence de cet article serait que les actes faits antérieurement à l'ordonnance ne sont pas annulables.

On peut se demander en effet ce qu'il y aurait alors d'intéressant dans l'article 243 si l'on établit, comme nous venons de le faire, que, de droit commun, un acte à titre onéreux peut être déclaré frauduleux et annulé ? On peut répondre que l'article 243 a voulu dans ce cas faciliter la preuve relative à la fraude, en ce sens, qu'une fois l'ordonnance du président rendue, il y a obligation pour le mari d'exercer ses pouvoirs dans la simple mesure exigée par les nécessités de l'administration ; et on pourrait trouver une idée de fraude dès que le mari aurait fait un acte qui ne serait plus imposé par ces besoins ; tout acte même d'aliénation, qui ne serait plus légitimé, serait un acte présumé frauduleux en vertu de l'article 243. En outre, comme, de droit commun, la nullité de l'acte serait très rarement prononcée, faute de preuves de la complicité des tiers, cette preuve serait ici facilitée, car les tiers se trouvent prévenus par l'introduction de l'instance.

De tout ceci il faut donc conclure que s'il est vrai de dire que le mari est un administrateur irresponsable, comme chef d'une communauté en main commune cela n'est exact que pour les actes qui n'impliquent de sa part ni fraude ni déloyauté.

§ VI. — Nous avons retrouvé dans le Code en matière de donations, les principes originaires et fondamentaux de la Gesammte Hand, c'est-à-dire l'action commune des associés requise pour accomplir valablement un acte qui ne rentre pas dans les attributions du chef de la communauté. Cette règle est donc en fait la base de la forme de la gestion unitaire du mari ; et aussitôt que celle-ci cesse, l'action à deux reprend sa place. Cette action des deux époux se rencontre

d'ailleurs dans la loi pour certaines opérations d'un caractère essentiellement familial qui ont surtout pour but l'établissement des enfants. L'article 1422 donne sans doute au mari sur les biens communs des pouvoirs particulièrement étendus pour ce cas ; mais, même ici l'indépendance du mari se trouve limitée par le principe relatif à la fraude qui est à la base de cet article, et qui pourrait conduire encore à l'annulation de la donation excessive. De plus, si la dotation porte sur des conquêts, le concours de la femme devient indispensable ainsi qu'on le verra tantôt, en vertu de son hypothèque légale. Enfin si les fonds communs sont insuffisants, et si la femme s'oblige avec le mari et engage ses propres pour doter l'enfant commun, il y a là une véritable action commune des deux époux ; quand la femme a parlé elle-même au contrat, son consentement est interprété comme un acte par lequel elle emploie ses biens pour concourir à une œuvre qui intéresse au premier chef la société conjugale, Et bien que le Code n'ait expressément en vue que le cas où il s'agit d'établissement par mariage, la jurisprudence applique la même présomption dans toutes les circonstances où les père et mère font a leur enfant une libéralité en vue de son avenir (1).

Il arrive fréquemment aussi que les parents désirent constituer à leurs enfants une grosse dot tout en se réservant pour le restant de leurs jours des ressources suffisantes : ils ont recours alors à la clause usuelle d'imputation sur la succession du prémourant. Cette forme est une des plus connues dans la pratique du notariat ; or cette clause ne peut être stipulée qu'avec le concours de la femme dont elle engage les propres pour la moitié de la dot promise tant que dure le mariage, et même éventuellement pour le tout, si elle vient à mourir la première (2).

(1) Cf. Cassat., 29 juillet 1897, D. 1900, I, 582.

(2) Cf. les détails sur la pratique de cette clause dans Basset : *Le rôle de la femme mariée dans la gestion des intérêts pécuniaires de la société conjugale*, Thèse Paris, 1896, pp. 376-381,

Enfin, il faut parler des partages d'ascendants qui, pratiquement, ne peuvent s'effectuer sans le concours de la femme. S'il s'agit de partager tous les biens du ménage, en confondant dans une seule masse les propres des époux, il va de soi que le consentement de la femme est indispensable : mais même lorsqu'il n'est question que des biens du mari, et s'il veut y comprendre tous ses biens présents et à venir, notamment la part qu'il doit recueillir dans la communauté, l'efficacité de ce partage dépendra du concours de la femme : celle-ci ne peut à son insu être dépouillée de son hypothèque légale sur les conquêts et les propres du mari. Le mari ne pourrait faire seul un partage d'ascendant que si ce partage comprenait uniquement des meubles ; et nous retrouvons là cette règle de l'ancien droit franc et de la Gesammte Hand, que le concours des communistes n'est exigé que pour les opérations concernant les immeubles.

L'action des deux époux se rencontre en dernier lieu en matière de rentes viagères et d'assurances sur la vie. Dans le premier cas, le mari peut aliéner les conquêts moyennant une rente viagère qu'il stipule réversible toute entière sur sa tête ou sur la tête de sa femme en cas de survie. Cette opération est licite et la jurisprudence décide que le survivant des conjoints doit récompense à la communauté de la valeur de la rente qu'il prétend garder, c'est-à-dire d'une somme représentant la moitié des conquêts aliénés. Cependant, comme cette clause ne fournit qu'un faible avantage au survivant, on pourrait supposer que les deux époux concourant au contrat ont stipulé tous deux la clause de réversibilité, et par suite on pourrait les considérer comme s'étant fait l'un à l'autre donation de leur part dans la rente pour le cas de survie, ce qui dispenserait le survivant de payer récompense. Mais la jurisprudence soutient que les donations ne se présument pas et repousse cette interprétation (1) ; les époux par leur concours pourront tourner cette

(1) Cf. Cassat., 20 mai 1873, D. 74, I, 72. — Lyon, 6 janvier 1881, D. 83, 2, 169.

jurisprudence en déclarant expressément dans le contrat qu'ils se donnent mutuellement la rente pour le cas de survie (1).

En ce qui concerne les assurances sur la vie, le mari peut bien ménager des ressources à sa femme survivante en la désignant comme bénéficiaire du capital assuré ; mais il ne lui est pas permis de se constituer à lui-même gratuitement un capital futur au moyen de primes fournies par la communauté; il ne pourra atteindre ce résultat qu'en faisant intervenir la femme au contrat, les deux époux contractant ensemble une assurance au profit du survivant (2).

Enfin, le principe de l'action commune la loi l'a étendu d'une façon générale en donnant à la femme son hypothèque légale (3).

Quiconque traite avec le mari n'y consent que si la femme renonce à son hypothèque légale. La conséquence de cette pratique non prévue par la loi nous indique que le mari, pour tous les contrats importants, a besoin du consentement de sa femme. Dans le Code civil, le mari seul est en jeu; dans la pratique, c'est tout le contraire, la femme apparaît et signe au contrat; dans cette société conjugale où le Code civil ne veut qu'un maître, la pratique nous montre deux collaborateurs.

Jamais système semblable ne pouvait sortir de la seule coutume ; c'est la loi elle-même qui l'a créé sans le vouloir et sans le savoir, en autorisant la femme à renoncer à son hypothèque légale par les dispositions du 23 mars 1855 et du 13 février 1889, et la pratique l'a observé. Le mari est chef de la communauté ; mais il n'agit plus pratiquement sans le concours de la femme ; il aliène et acquiert avec son consentement. Et cette intervention de la femme ne se produit pas seulement lorsqu'il s'agit des propres du mari, mais encore

(1) Cf. Basset : op. cit., pp. 370 et ss.

(2) Cf. Basset : op. cit., pp. 375 et ss.

(3) Cf. Aftalion : *La femme mariée*, pp. 126 et ss.

lorsqu'il s'agit des conquêts, car la jurisprudence décide d'une façon unanime que l'hypothèque légale de la femme mariée frappe également ces biens de la]communauté. La pratique s'est donc reportée aux vrais principes de la Gesammte Hand qu'elle a consacrés dans le droit égal des deux époux, sous la direction du mari comme chef. La femme mariée n'est donc pas cet être sans personnalité juridique que nous représentent d'un commun accord à la fois les partisans de l'égalité des époux et ses adversaires. Dans la pratique, la femme intervient aujourd'hui à tous les actes importants conclus par le mari et concernant, soit les biens de la communauté, soit ceux du mari. Et c'est des dispositions même du Code que ce régime nouveau, que cette condition plus libre faite à la femme a été tirée. Il y a eu au cours de ce siècle une lente évolution dans la pratique notariale qui a abouti à cette transformation profonde. « Ce mouvement, imperceptible durant longtemps, comme toutes les réformes qui viennent de la coutume, est parvenu aujourd'hui à ce résultat bizarre d'ériger sur les bases du Code civil tout un échafaudage de théories qui arrivent sur bien des points à contredire le principe même admis par le Code civil de l'autorité absolue du mari ». (1) Ce système de la pratique ne contredit pas les principes de notre Code civil ; il les affirme sur la base de la propriété en main commune ; et il nous prouve que la théorie de la Gesammte Hand, et le principe de l'égalité et de la collaboration des associés qui en est le fondement, est la véritable et la seule logique base de la communauté entre époux, puisque, sans en connaître la théorie, la pratique remonte d'elle-même à la source de la conception (2).

(1) Basset : op. cit. p. 34. — Cf. Chéron : op cit., pp. 189 et ss.

(2) Indiquons encore une dernière conséquence de la théorie de la copropriété zu Gesammter Hand : tandis que si l'on admet le principe d'une personne morale, la communauté reste propriétaire des biens jusqu'au partage, dans notre cas, au contraire, l'indivision devra remonter au jour du mariage. Cf. *supra*, chap. II, p. 107.

§ VII.—En vertu de ce caractère du pouvoir du mari et des principes de la Gesammte Hand que nous avons montrés, établis non seulement dans le Code civil mais encore par la pratique, il faut reconnaître que la femme est en réalité l'associée du mari : comme Gesammthænder, elle a en principe sur le patrimoine commun des droits égaux à ceux du mari. Ce sontlà. d'après les idées de notre droit national, les véritables règles qui doivent caractériser la situation de la femme mariée dans le Code; et ce sont aussi celles que l on reconnaît en Allemagne au Code Napoléon : « Le Code a accordé à la femme la situation sociale de son mari et lui donne une place de véritable associée, quoiqu'il ne le dise pas expressément. » (1)

En effet, l'autorisation maritale du Code civil est conforme aux principes du droit franc qui font simplement du mari un chef de ménage sans aucune idée de tutelle (2). Cette autorisation a son fondement dans le mariage lui-même et elle est admise par la loi pour conserver au mari ses droits de chef de l'association conjugale. Elle est établie dans l'intérêt du mariage et du patrimoine et non dans le seul intérêt personnel de la femme. « La femme se trouve, comme femme mariée, soumise au pouvoir du mari, non par un motif de protection, mais en vertu des simples rapports conjugaux » (3). L'autorisation maritale a pour base l'intérêt commun des époux et des enfants dans le mariage. L'autorisation maritale ne fait pas disparaître le droit de la femme sur les biens communs; ce dernier est si bien conservé que certains actes ne peuvent être accomplis par le mari à moins qu'elle n'y consente.

Nous disons donc que la femme est une véritable associée; en effet, ainsi que nous le relèverons, la femme, dans certains cas, peut, comme tout communiste en main commune,

(1) Barazetti : op. cit., p. 524.

(2) Cf. *supra*, chap. II, p. 154 et ss., chap. V, p. 463.

(3) Barazetti : op. cit., p. 524.

agir aux lieu et place du mari sur le patrimoine commun. Quelquefois, c'est dans l'intérêt du ménage ; d'autres fois, elle remplace le mari, lorsque celui-ci se trouve dans l'incapacité d'agir, par exemple au cas d'absence de ce dernier. Enfin, on peut rapprocher de ces cas celui où la femme fait le commerce avec les biens que le mari lui fournit ou avec des biens de la communauté. Et cette situation d'associée est celle qui seule correspond également à la vérité historique (1) ainsi qu'aux mœurs actuelles.

On a jusqu'ici poussé à l'extrême l'idée que la femme est une incapable en se basant sur ce fait que dans le Code la femme ne peut pas en principe valablement accomplir les divers actes juridiques sans une autorisation qui régulièrement doit émaner du mari. Le texte capital en cette matière est l'art. 1419 : il déclare en ce qui concerne le droit de poursuite des créanciers que ceux-ci pourront poursuivre non seulement la pleine propriété des propres de la femme, mais même les biens de la communauté ainsi que les biens personnels du mari par confusion, lorsque la femme aura contracté avec l'autorisation de ce dernier. La femme ne peut donc contracter valablement qu'autorisée du mari, et dans ce cas ses créanciers auront un droit des plus étendus sur les biens de la communauté et ceux du mari. Et si le mari refuse son autorisation, la justice pourra autoriser la femme ; mais, alors celle-ci n'obligera que la nue-propriété de ses propres (2).

Pourquoi, lorsque le mari autorise sa femme, la communauté se trouve-t-elle obligée par les actes de la femme ? Il y a deux explications de cette décision.

D'abord l'explication traditionnelle : la communauté est tenue parce que le mari s'est personnellement obligé en autorisant sa femme. Mais ce système est contredit par la règle « qui auctor est non se obligat ». On a cherché, il est vrai, à

(1) Cf. *supra*, chap. III, pp. 294 et ss.

(2) Art. 1426.

tourner cette objection en disant que le principe de l'obligation personnelle du mari avait été introduit par une mesure de défiance à l'égard de ce dernier; celui-ci, dans les engagements où il n'aurait pas voulu paraître, aurait pu, s'il n'avait été tenu personnellement, faire agir la femme autorisée par lui, et celle-ci serait restée seule obligée ; la loi a voulu empêcher ce subterfuge de la part du mari. Mais il faut remarquer que ce serait là une règle étrange dans une législation qui impose l'autorisation du mari.

Aussi a-t-on cherché une autre explication : on ne dit plus que la communauté est obligée parce que le mari est tenu personnellement. On déclare que si les biens de la communauté et ceux du mari peuvent être poursuivis dans le cas de l'art. 1410. c'est d'abord parce que la communauté est obligée à titre principal ; et ensuite, à titre subsidiaire, les biens du mari peuvent être poursuivis à raison de la confusion qui existe entre ces deux patrimoines. Et on explique cet engagement principal de la communauté par cette idée nouvelle que le mari, en accordant son autorisation, met le patrimoine de la communauté à la disposition de la femme ; il permet à celle-ci de fournir comme garantie de ses engagements le patrimoine de la communauté. Le mari donnerait ainsi à la femme le mandat d'engager la communauté, mais il ne s'obligerait pas personnellement lui-même.

L'intérêt pratique de cette solution nouvelle, c'est que le droit de poursuite des créanciers sur les biens du mari ne subsiste que tant que dure la confusion des patrimoines ; dans la doctrine traditionnelle, le mari est engagé, et la dissolution de la communauté ne changera rien à sa situation ; dans la nouvelle théorie, au contraire, le mari n'est plus obligé à titre personnel, il y a une simple dette de la communauté, et le mari, à la dissolution, ne sera tenu qu'à raison de sa part dans la masse commune. Il en résultera que si la femme renonce, sans doute le mari pourra être poursuivi pour le tout ; mais si la femme accepte, le mari ne saurait plus l'être que pour la moitié, parce que la confusion

des patrimoines a cessé, et alors le mari ne peut plus être poursuivi comme communiste que pour cette part.

Ces deux systèmes, aussi bien le premier que le second se basent sur l'idée d'un mandat donné par le mari à sa femme; mais, dans les deux cas, ce mandat n'a ici ni le même caractère ni le même objet.

Dans la première doctrine, ou système de l'autorisation mandat, la conception est celle-ci : le mari charge la femme de s'engager à sa place à lui mari ; il y a donc dans l'engagement de la femme une double opération ; 1° un engagement personnel de la femme, et 2° un engagement personnel au nom du mari en vertu du mandat. La plus grande objection à cette doctrine, c'est qu'il est difficile de montrer comment ou peut présumer ce mandat du mari.

Dans la seconde opinion, il y a encore un mandat, mais il est bien différent et il déroge au droit commun. Le mari en autorisant sa femme ne lui donne pas le mandat de l'engager personnellement, mais d'engager la communauté ; le mari est engagé seulement par contre-coup et tant que dure la communauté seulement. De droit commun, le mari a seul pouvoir pour administrer la communauté et l'obliger; c'est ce pouvoir d'administrateur chef qu'il cède à sa femme, et que celle-ci va remplir pour un acte particulier. L'autorisation donnée à la femme contient le mandat d'agir comme chef de la communauté aux lieu et place du mari ; cela veut dire que le mari met la communauté à la disposition de la femme pour que celle-ci puisse l'engager.

Mais sous cette explication, il y a encore des malentendus possibles, et nulle part encore on ne peut trouver dans la loi la trace de ce prétendu mandat. Pourquoi donc s'obstiner à une idée de mandat comme base de ce droit de la femme d'obliger la communauté, et pourquoi ne pas revenir aux principes si simples et si clairs de la propriété en main commune?

Il y a dans les deux théories précédentes une idée inexacte ; indépendamment de la conception peu logique qui

consiste à rendre incapable par le seul fait qu'elle se marie une femme qui auparavant jouissait d'une pleine capacité, il faut constater en outre que si la femme était vraiment incapable, elle devrait, comme le mineur et l'interdit, avoir dans le mari un véritable représentant, et ne pas pouvoir dans certains cas agir elle-même sur les biens communs avec le simple secours d'une autorisation.

A notre avis, et d'après les principes de la Gesammte Hand, il faut dire que la femme est capable et qu'elle est l'associée égale du mari, au même titre que lui. Seulement en vertu de l'organisation même de la conception germanique, la gestion de la communauté appartient au mari, celui-ci seul agit au nom de la volonté commune, et peut seul disposer des biens communs (1). C'est pourquoi lorsque l'associé auquel n'appartient pas ce droit de représentation, la femme dans notre cas, doit agir sur les biens communs. il est nécessaire que ce pouvoir lui soit délégué par le chef de la communauté en main commune. C'est en cela que consiste l'autorisation maritale : lorsque le chef de la communauté zu Gesammter Hand autorise l'autre associé à agir sur les biens communs, il lui cède pour ainsi dire sa place dans une certaine sphère.

Mais notons-le bien, il n'y a là aucune idée de mandat, que l'on ne saurait trouver nulle part ; la femme, dans ce cas, et par cette autorisation, n'acquiert pas un pouvoir pour agir sur les biens communs ; autorisée, elle contracte par un pouvoir propre qui lui appartient en réalité comme associée en main commune depuis le jour du mariage sur les biens communs, et qui se trouve maintenu à l'état latent par la situation supérieure du mari. Ce pouvoir de la femme, c'est celui qui appartient à tout Gesammthænder d'agir sur le bien commun à défaut d'un représentant déterminé (2). Lorsque ce dernier existe, ce droit des autres communistes se trouve

(1) Cf. *supra*, chap. I. p 63, chap. II, pp. 177, 206, chap. IV. pp 356, 367, 406.

(2) Cf. *supra*, chap. I, p 62 et ss.

dans l'impossibilité de s'exercer ; mais si le chef donne à l'un des associés son autorisation pour agir, il abdique pour ainsi dire, dans la sphère de l'acte pour lequel il autorise, le pouvoir général et supérieur qui lui appartient ; dans cette sphère il n'y a plus de représentant déterminé, et le pouvoir propre qui appartient au coassocié en main commune d'agir sur le bien commun peut s'exercer sans entraves et avec une égale force.

Voilà quelle est la vraie situation de la femme ; lorsque le mari l'autorise, il ne fait que cesser d'exercer, pour un acte déterminé, son pouvoir de chef de la communauté, et en vertu du pouvoir propre qui appartient à la femme comme à tout Gesammthænder, celle-ci représente dans cette sphère la Gesammte Hand des époux. Donc nous ne dirons pas que la femme contracte pour la communauté, mais pour elle même en son nom ; seulement le mari, en tant que chef disparaît, cède sa place à la femme ; et on applique à la femme, du consentement de son mari, les règles qui gouvernent les engagements pris par le chef de la communauté (1).

Et si nous regardons les textes qui parlent de l'autorisation maritale, il nous semble qu'ils sont plutôt dans notre sens. L'article 1419 ne parle pas d'une obligation du mari ; les créanciers peuvent poursuivre leur paiement « tant sur tous les biens de la communauté que sur ceux du mari ou de la femme » ; il ne dit pas autre chose, et cela correspond bien à l'opinion que la femme donne pour gage les biens de la communauté.

Une autre preuve, c'est que, dans ces cas, le Code met les obligations contractées par la femme sur le même pied que celles contractées par le mari. L'art. 1409 est dans le sens de la propriété en main commune : dans son paragraphe 2° il place sur le même rang les dettes contractées par le mari et celles contractées par la femme autorisée du mari. Il en résulte que la femme a bien les mêmes pouvoirs que le mari

(1) Cf. une note de M. Meynial sous S. 1893, II, 161.

par rapport aux biens communs ; elle est donc bien associée au même titre et avec les mêmes pouvoirs.

Il faut ajouter encore les art. 1485 et 1486 qui règlent des questions de poursuite ; l'art. 1485 déclare que le mari est tenu seulement pour moitié des dettes personnelles contractées par la femme et qui étaient tombées à la charge de la communauté ; c'est donc que ces dettes n'engagent pas le mari à titre personnel puisqu'il n'est obligé que pour moitié.

On a objecté cependant que supposer un engagement direct de la communauté, c'est traiter celle-ci comme une personne morale ; mais l'objection est inexacte, car lorsque le mari s'oblige personnellement il oblige aussi la communauté sans qu'on en déduise forcément la personnalité de la communauté.

La règle de l'art. 1429 comporte cependant une exception, en matière de successions purement immobilières recueillies par la femme (1) ; autorisée par le mari, l'acceptation de la femme engagera seulement les biens personnels de celle-ci et la jouissance de ces biens qui appartient à la communauté. On peut expliquer cette restriction à l'effet ordinaire de l'autorisation maritale par cette raison que ces successions devront rester dans le patrimoine propre de la femme ; la loi s'est laissé guider par cette idée que la femme n'avait nullement dans ce cas l'intention d'agir en qualité d'associée.

On a cru trouver une autre exception au principe de l'art. 1419 dans l'art. 1432. Cet article, placé au milieu de la théorie des récompenses, indique, à titre d'exemple, une hypothèse dans laquelle le mari aurait droit à une récompense. Il prévoit que le mari a été poursuivi pour le paiement d'une dette de la femme ; mais en même temps il suppose que si le mari est poursuivi, c'est qu'il était tenu personnellement. On soutient donc que l'art. 1432 donnerait l'exemple d'une dette de la femme qui engagerait le mari. Mais en fait, ce texte choisit comme exemple le cas où la femme vend un de

(1) Art. 413.

ses immeubles propres, et en outre il suppose que le mari s'est obligé directement à la garantie de la vente. Il prévoit donc un engagement exprès du mari ; et il prouve donc, au contraire, que si le mari s'était contenté de donner son autorisation, il ne serait pas tenu. Et, tandis que les partisans de l'autorisation voient dans cet article une exception à l'article 1419, nous y trouvons au contraire une preuve de notre théorie que le mari n'est pas engagé personnellement.

Telle est, d'après les principes de la propriété en main commune l'explication qui semble donner la formule exacte de la situation de la femme. Lorsqu'on dit que le mari concède à la femme le pouvoir d'obliger la communauté, on a le tort de sembler laisser croire que la communauté est une personne morale, que la femme représenterait à la place du mari. Et ce serait là une notion fausse, contre laquelle proteste avec raison la jurisprudence en disant que le mari est seul chef de la communauté (1). Nous serions loin en effet de la doctrine exacte ; aussi disons-nous que la femme contracte non pas comme représentant de la communauté personne morale, mais comme communiste, Gesammthaender, c'est-à-dire en vertu de son pouvoir propre. Et dans cette théorie on ne peut pas objecter que le mari met aux mains de la femme un pouvoir de représentation que la loi ne lui donne pas ; car ce pouvoir est virtuellement inhérent à la qualité d'associée de la femme ; il se trouvait simplement écarté par la suprématie du chef de la communauté ; au cas où le mari autorise, ce dernier s'efface, et le droit de la femme retrouve son plein exercice. Et, en fait, si l'on regarde bien ce qui se passe avec le système de l'autorisation maritale du Code, on s'aperçoit qu'il n'y a que l'expression légale du principe de la Gesammte Hand que les deux associés concourent à l'acte.

A cette situation de la femme associée égale du mari et

(1) Cf. Cassat., 20 février 1891. S. 93, II, 161.

capable, il ne faut pas objecter l'autorisation de justice que le Code impose au cas où le mari ne peut ou ne veut autoriser sa femme. Il est certain que toute l'organisation si peu logique et souvent critiquée de l'autorisation judiciaire devrait disparaître de notre Code ; nous avons vu en effet que dans la forme pure de la communauté entre époux elle n'existait pas, et qu'elle a été introduite seulement par la doctrine romaine (1).

Mais, même avec l'autorisation de justice, la femme agit encore en vertu de son pouvoir propre de communiste. Et on peut conserver le régime du Code en considérant cette intrusion de la justice comme un simple contrôle et conseil apporté, dans l'intérêt commun des époux et des enfants, aux actes de la femme, qui est souvent inexpérimentée en affaires ; il n'y a pas en elle une idée de tutelle, à l'égard de la femme mais simplement le désir d'éclairer celle-ci et de l'empêcher d'être circonvenue. C'est là le principe d'après lequel cette autorisation de justice est envisagée dans les pays voisins soumis au Code Napoléon, dont le régime de communauté est considéré comme une forme de la propriété en main commune (2).

La preuve même que l'autorisation de justice n'est pas une institution destinée à relever la femme d'une incapacité, c'est que, autorisée par la justice, la femme n'a que dans des cas exceptionnels le droit d'engager les biens de la communauté pendant la durée du mariage. Tant que le chef de la communauté ne se départit pas d'une partie de ses droits, le pouvoir propre de l'autre communiste ne trouve pas de place pour son exercice. Au contraire dès que le représentant de la Gesammte Hand disparaît, ce droit de représentation incombe à l'autre communiste. Et c'est ce qui se passe lorsque le mari est absent ou en prison (3) ; dans ce cas, auto-

(1) Cf. *supra*, chap. III, p. 296.

(2) Cf. Barazetti : op. cit., p. 535.

(3) Art. 1427.

risée de justice la femme pourra obliger la communauté· Est ce à dire que dans certaines situations l'autorisation judiciaire aurait plus de force que dans d'autres ? Ceserait bizarre. Non, elle n'est pas douée d'une efficacité différente ; mais le chef de la communauté ne pouvant agir, dans un cas nécessaire, le pouvoir propre de l'autre communiste s'exerce pleinement. La femme joue le rôle qui lui appartient à l'état latent, de chef de la communauté, et la justice n'est là que pour veiller à l'inexpérience probable de la femme (1).

La preuve la plus manifeste, outre le cas de l'art. 1427, d'un pouvoir propre de la femme associée égale du mari se rencontre dans l'art. 124. En cas d'absence déclarée du mari, la femme, si elle opte pour la continuation de la communauté, pourra prendre l'administration de celle-ci.

Faut-il admettre que, par suite de l'absence du mari, l'incapacité de la femme cesse ? Ce serait au moins bizarre puisque la loi la considère toujours comme une femme mariée. Et il faut reconnaître qu'il y a dans l'art. 124 un principe que nous avons rencontré dans tous les régimes de communauté entre époux d'Allemagne (2) : quand le mari, chef de la Gesammte Hand, est empêché ou absent, son associée prend la direction de la communauté, en vertu du pouvoir inhérent à sa qualité de Gesammthænder. L'art. 124est une application évidente des principes de la propriété en main commune.

Cette situation logique des deux époux dans le mariage avait été parfaitement comprise d'après les principes de la copropriété germanique, dans les projets de la Convention élaborés par Cambacérès. Et on peut y suivre à l'égard de l'administration du patrimoine commun l'évolution des deux formes que celle-ci a revêtues dans notre doctrine. Le premier projet consacre le principe fondamental de l'action commune (art. 22) : « les époux ont et exercent un droit égal

(1) Cf. *supra*, chap. II, pp. 193 et ss.

(2) Cf. *supra*, chap. II, pp. 193 et ss.

pour l'administration de leurs biens », et (art. 12) : « tout acte emportant vente engagement, obligation ou hypothèque sur les biens de l'un ou de l'autre n'est valable que s'il est consenti par l'un et l'autre époux. »

Le second projet est encore plus explicite (titre VI, art. 44) : « il y a communauté de biens entre les époux et droit égal à leur administration s'il n'en a été autrement décidé. » Et le troisième projet nous ramène à la forme postérieure de la Gesammte Hand, à la gestion unitaire qui n'en contredit pas les principes (art. 293) : « le mari administre seul la communauté. »

Ce sont là aussi les idées auxquelles voulait revenir M. Laurent. Dans son avant-projet de revision du Code Civil (1), il est le premier jurisconsulte, depuis Cambacerès, qui se soit nettement élevé contre le principe de l'autorisation maritale ; et il propose une organisation réglant la condition des biens sur le principe de l'égalité des époux. Il établit comme régime légal, à défaut de stipulation contraire, le régime de la communauté universelle (2). Égalité absolue entre les époux, voilà la base du régime ; il omet intentionnellement l'autorité maritale et les droits du mari comme chef ; ceci nous semble un peu exagéré car toute association a besoin d'une direction, et il suffirait de dire qu'en principe « la communauté est administrée par les deux époux conjointement (3). » Le concours des deux époux est d'ailleurs exigé par M. Laurent pour les actes de disposition des biens de la communauté, ou pour obliger cette dernière ; et comme exception à cette règle il permet à l'un ou à l'autre conjoint d'administrer seul « quand l'un des conjoints est dans l'impossibilité d'agir, par suite d'absence, d'interdiction ou de placement dans une maison de santé (4). »

(1) Bruxelles, 1882-1885.

(2) Art. 1439.

(3) Art. 1452.

(4) Art. 1453.

Enfin, ce principe d'égalité est encore reconnu dans l'état de notre Code par un éminent professeur de notre Faculté, M. Lefebvre, dont nous ne saurions cependant accepter le point de départ sur l'origine de ce régime (1). Et le système de l'administration en main commune est celui auquel a abouti la pratique sur la base du Code lui-même (2).

Nous pouvons donc affirmer qu'accepter notre théorie de la propriété en main commune, c'est donner simplement un nom juridique exact, ainsi qu'une base inébranlable à des principes qui existent réellement comme fondement de notre régime légal, et dont les tendances modernes ainsi que les expédients de la pratique démontrent la nécessité.

Il y a en effet de gros intérêts à considérer la femme comme une associée en main commune, ayant sur les biens communs un pouvoir propre mais latent. Ils se présentent d'abord lorsque la femme exerce un commerce séparé avec des biens de la communauté, et ensuite lorsqu'elle traite avec des tiers pour les besoins du ménage.

Dans le premier cas nous retrouvons un principe de la Gesammte Hand, qui s'est toujours conservé, malgré les idées du droit romain, jusque dans notre Code; c'est que la femme est pleinement capable, en vertu d'une autorisation, générale dans ce cas, mais qui ne peut émaner que du mari, pour obliger la communauté. Les art. 220 du Code civil et 5 du Code de commerce reproduisent les solutions de fait de l'art. 1419 Code civil. L'art. 5 Code de commerce déclare que la femme peut s'obliger, et dans ce cas elle engage les biens de la communauté et même ceux du mari. On a soutenu d'après la doctrine traditionnelle qu'il y avait là un engagement personnel du mari (3). Avec ce système, il faudrait

(1) Cf. *supra*, chap. IV, p. 412.

(2) Cf. *supra*, chap. V, pp. 474 et ss.

(3) Cf. *supra*, chap. V, p. 480. — Thaller : *Revue critique de Législat. et de Jurisprud.*, 1882, p. 517. — M. Thaller s'est dans son *Manuel de Droit commercial*, p. 110, rangé à la nouvelle doctrine qui repousse l'idée d'un engagement personnel du mari. Cf. *supra*, chap. V, p. 481.

aller jusqu'au bout et dire que le mari. engagé personnellement, a contracté une obligation commerciale, et lui en appliquer les conséquences. Mais alors, le vrai commerçant, c'est le mari, et nous aboutissons à cette situation étrange du mari devenant le véritable titulaire des professions exercées par la femme. Et il faudra dire, lorsqu'un créancier de la femme voudra s'attaquer au mari pour le poursuivre sur ces biens, qu'il devra le faire devant la juridiction commerciale.

Dans la nouvelle théorie (1) on arrive pour ce cas à une solution contraire. Et c'est celle que l'on doit admettre aussi si l'on considère la communauté entre époux comme une personne morale.

Mais si l'on accepte avec nous que la communauté ne constitue pas un être distinct des associés, on aboutit à d'autres conclusions. Il y a bien une dette de la femme commerçante, mais en vertu du pouvoir propre de celle-ci, cette dette peut se poursuivre sur tout le patrimoine du ménage; il n'y aura donc pas deux poursuites à intenter, mais une seule contre le titulaire de la dette; une fois le jugement prononcé par le Tribunal de Commerce, ce jugement sera exécuté sur le patrimoine commun sans que l'on ait à poursuivre le mari.

La même question se pose en matière de faillite de la femme; avec le premier système il faudra déclarer aussi le mari en faillite et en 1882 M. Thaller avait été obligé de pousser sa logique jusque là. Mais la jurisprudence n'admet pas cette solution, et elle a raison. La femme peut, dans ce cas, et en vertu de l'autorisation générale du mari, obliger la communauté et accessoirement le mari; la femme agit pour le compte de la communauté qu'elle représente exactement dans les conditions où se trouve d'ordinaire le mari; elle est chef de la communauté dans cette sphère et le mari se trouve obligé en vertu de la confusion qui résulte de ses

(1) Cf. *supra*, chap. V, p. 481.

pouvoirs identiques sur ses propres et sur les biens de la communauté (1).

Nous arrivons au cas où la femme contracte pour les besoins du ménage. Il s'agit ici de circonstances où l'on admet en général un mandat tacite ou présumé de la part du mari (2), c'est-à-dire d'obligations incombant à la communauté, pour lesquelles le mari aura donné à la femme le mandat tacite de contracter à sa place. La différence dans ce cas, avec l'article 1419, c'est que la femme obligera sans doute la communauté en vertu de ce mandat, mais ne s'obligera pas elle-même; car le mandataire engage directement le mandant, mais ne s'engage pas lui-même, et cette règle est rappelée par l'art. 1420 qui prévoit l'hypothèse d'un mandat exprès donné par le mari à la femme.

Mais si la femme n'est pas obligée personnellement, il faut au moins que le mari le soit. Il ne faudrait pas dire qu'en vertu d'un mandat donné par le mari au nom de la communauté, ce sera cette dernière qui sera tenue; il n'en serait ainsi que si elle constituait une personne juridique. Or cela n'est pas, et il faut qu'il y ait un obligé personnellement, un des deux associés, ou bien tous les deux, et si ce n'est pas la femme il faut que ce soit le mari.

Donc la femme mandataire traite au lieu et place du mari. Et voilà la règle de l'art. 1420 au cas de mandat exprès; mais ce mandat peut être présumé, et ce peut être un mandat général, relatif à toute une catégorie d'affaires.

Cette théorie du mandat présumé est appliqué, en vertu de la tradition qui remonte à Dumoulin (3) aux opérations faite par la femme dans le ménage pour les engagements relatifs à la vie commune. La doctrine et la jurisprudence sont d'accord pour l'admettre, et les arrêts font allusion en

(1) Cf. Basset : op. cit., p. 269.

(2) Nous avons vu en effet jusqu'ici les cas où en vertu de l'autorisation maritale on supposait un mandat exprès.

(3) Cf. *supra*, chap. III, p. 321.

cette matière à un mandat tacite comme à un principe indiscutable.

Mais pourquoi ce mandat? Tout le monde se réfère à l'explication donnée par Dumoulin; la femme agit pour le mari parce que celui-ci comme chef de la communauté était tenu de ces dépenses relatives au ménage; la femme ne sera pas tenue, mais le mari et la communauté. Pour tous ces frais concernant l'entretien des époux et des enfants, la femme représente le mari, car c'est à lui qu'incombe le soin de nourrir et d'entretenir la famille; ces dettes sont dettes de la communauté au premier chef. D'ailleurs, l'art. 1409, qui énumère le passif de la communauté, signale les dettes relatives aux besoins des époux et des enfants. Ce sont donc des obligations qui, théoriquement, devraient être contractées par le mari. Cependant le soin du ménage rentre dans le rôle de la femme pendant le mariage; et, pour toutes ces fonctions, elle représentera le mari, et elle contractera des engagements à sa place, non seulement lorsqu'elle achètera au comptant, mais même lorsqu'elle achètera à crédit. Il est bon de remarquer immédiatement que cette raison que l'on vient de donner ne correspond pas à l'exactitude des principes; car l'obligation alimentaire est plutôt réciproque et peut se trouver, suivant les cas, à la charge de l'un ou de l'autre des époux. Et lorsqu'il y a des enfants, la femme ne contracte-t-elle pas aussi, et au même titre que le mari, le devoir de les nourrir et de les élever?

Il nous reste à préciser le caractère de ce mandat que l'on présume; il y a là une théorie importante dont les éléments sont l'œuvre exclusive de la jurisprudence, car il n'y a pas un seul mot relatif à cette question dans le Code. Ce dernier se trouvait en présence d'une tradition constante. Dumoulin appelait la femme « *procuratrix* » du mari, et Lebrun, Pothier, ont reproduit ces idées, en esquissant même les limites de ce mandat, qui n'existerait que dans la mesure où il s'agit de dépenses que le mari serait obligé de faire lui-même, et ne comporterait pas les dépenses excessives.

En présence de cette tradition le Code ne s'est pas expliqué ; et il a bien fait, car nous verrons bientôt ce qu'il faut penser de cette interprétation doctrinale des principes historiques (1) sur laquelle la jurisprudence a bâti toute une théorie.

Ce système, qui a pour point de départ l'idée d'un mandat tacite, se présente dans ces derniers résultats comme s'étant écartée de son princide fondamental ; la jurisprudence a abouti à la construction d'un mandat tacite, légal beaucoup plus que conventionnel, et se calquant sur la volonté du mari.

Voici, en partant de l'idée de mandat conventionnel, les solutions auxquelles on devrait logiquement aboutir :

1° Ce mandat ne serait valable que dans la mesure des pouvoirs réellement conférés par le mari. Par suite, la question de savoir si les dépenses faites sont excessives, ne devraient pas se résoudre objectivement par les usages, par la situation sociale des époux, mais surtout d'après leurs habitudes de vivre, d'après le montant ordinaire des ressources mises par le mari à la disposition de la femme ;

1° Ce mandat conventionnel serait essentiellement révocable, sauf à tenir compte de l'art. 2005 qui exige, pour que la révocation du mandat soit opposable aux tiers, qu'elle ait été portée à leur connaissance.

3° Au cas de révocation ou d'abus (cas où le mandat n'est plus opposable au mari), les tiers ne devraient plus avoir de recours contre personne ; ils n'auraient pas de recours contre la femme puisqu'elle a agi pour la communauté ; et ils n'en auraient pas non plus contre le mari ni contre la communauté puisque le mandat n'est plus opposable au mari.

Or la théorie de la jurisprudence est loin d'être conforme à ces conclusions naturelles, et nécessaires si l'on admet un véritable mandat conventionnel. Voici ses solutions :

(1) Cf. *supra*, chap. I, p. 56, chap. II, pp. 149, 177, 193, 206, chap. III, p. 294.

1° Sur le premier point, sa théorie est acceptée par tout le monde. Pour savoir si les dépenses sont ou non excessives, la pratique ne se place pas au point de vue de l'intention du mandant, mais au point de vue de ce qu'aurait pu valoir le mandat. Ce dernier ne s'apprécie plus d'après les intentions du mari, mais d'après les exigences du ménage. On ne considère plus ce que le mari a voulu, et c'est bien là donner à ce mandat une base légale ; la femme aura le pouvoir d'engager la communauté même au delà de la volonté du mari quand elle reste dans les limites des besoins du ménage.

On donne, comme raison de cette décision, l'intérêt des tiers qui ne peuvent apprécier que la situation apparente des époux et non leur situation réelle. La raison est fort bonne ; mais cela revient à dire qu'en cette matière il faut s'écarter des règles ordinaires du mandat pour établir un type de mandat légal nécessaire et créé par les coutumes.

2° Voici maintenant les tendances de la jurisprudence sur la question de révocabilité de ce mandat. Pour ce qui est de la révocation expresse, elle est valable, sauf application de l'art. 2005, et pour cette notification aux tiers il est même admis que le mari peut procéder par la voie de la presse.

Il faut signaler sur cette question une décision de la jurisprudence qui prouve encore que celle-ci ne considère pas ce mandat comme simplement conventionnel. Il s'agissait d'un mari qui avait passé une convention avec la couturière de sa femme, convention par laquelle la couturière s'était engagée à ne faire à la femme des fournitures que jusqu'à concurrence d'une certaine somme passée par le mari. Mais ce crédit avait été dépassé très fortement et le mari refusa de payer en se basant sur ce que le mandat de la femme n'était valable que dans la mesure du crédit qu'il avait fixé. Les juges cependant constatèrent que les fournitures avaient été livrées au vu et au su du mari, qui ne pouvait pas ne pas savoir que, vu leur qualité, elles dépassaient notablement le crédit qu'il avait ouvert, et la Cour d'Aix décida que le mari n'avait plus le droit de se prévaloir de la convention. Cette

dernière n'était pas un véritable contrat, mais une simple reconnaissance de révocation partielle d'un mandat. Partant de là, la Cour considéra que cette révocation elle-même se trouvait révoquée tacitement par ce fait que le mari avait eu connaissance de la livraison des fournitures, et n'avait pu en ignorer la valeur. Et ce jugement fut confirmé par la Cour de Cassation (1).

Nous sommes avec cette décision, loin des principes du mandat convdntionnel. S'il y avait eu un mandat ordinaire, il n'aurait pas suffit de considérer cette révocation comme annulée pour faire revivre le mandat primitif ; il aurait fallu que le mari donnât à sa femme un nouveau mandat, et il ne semble pas que le seul fait pour le mari d'avoir eu connaissance des fournitures puisse faire présumer de sa part la concession d'un nouveau mandat. Les tribunaux ont donc considéré qu'il y avait là un mandat qui était dans le vœu de la loi, à l'exercice duquel le mari pourrait simplement s'opposer. Et cette idée nouvelle qui ressort de ces décisions de la jurisprudence d'un mandat inhérent au mariage, à la fonction domestique de la femme, est encore plus apparente lorsqu'il y a séparation effective entre les époux. Il est, en effet, deux hypothèses dans lesquelles se rencontre une présomption de révocation : au cas d'une séparation judiciaire, et lorsque la femme abandonne le domicile conjugal.

Il reste aussi le cas où c'est le mari qui abandonne le foyer commun. Si ce mandat présumé était simplement conventionnel, il faudrait alors supposer que le mari a entendu révoquer ce mandat. Mais cette révocation ne pourrait pas le libérer de l'obligation de pourvoir à l'entretien de la femme ; et alors celle-ci aurait de ce chef action contre le mari pour lui réclamer cet entretien. Mais elle ne devrait plus pouvoir obliger le mari et la communauté parce que le mandat est révoqué. Or, cette solution n'est pas acceptée : on déclare que lorsque le mari abandonne sa femme, c'est dans ce cas que le mandat tacite est particulièrement utile. Or

(1) Aix, 3 mai 1887. Cassat. 16 juillet 1889 ; S. 1890, I, 115.

cela revient à dire que ce mandat tacite est présumé parce qu'il rentre dans le devoir moral du mari : mais comme ce dernier a justement, par son abandon, manifesté l'intention de ne plus remplir ce devoir, la base de cette présomption fait défaut. Et la vérité est qu'on ne tient pas compte de la révocation tacite résultant de l'abandon par le mari du domicile conjugal ; mais autant dire alors que le mandat tacite accordé à la femme ne dérive pas de la volonté du mari, mais tient au mariage lui-même ; la révocation du mari n'a pas d'effet parce que ce mandat est inhérent à la qualité de femme mariée.

3° Nous arrivons maintenant au recours accordé aux créanciers qui ont contracté avec la femme au cas où celle-ci a fait des dépenses excessives ou postérieures à une révocation valable.

Rigoureusement nous avons vu que ces créanciers, dans ces hypothèses, ne devraient avoir d'action contre personne, ni contre la femme, qui n'est pas engagée personnellement, ni contre le mari auquel le mandat n'est plus opposable. La jurisprudence, par faveur pour les créanciers, a eu recours à la théorie de l'enrichissement sans cause et à l'action de *in rem verso*. Toutefois, à l'égard de la femme elle paraît rejeter cette dernière. D'abord il est certain qu'il ne peut pas être question d'enrichissement lorsque la dépense est excessive, parce qu'il s'agit d'une dépense que la femme n'aurait pas dû faire. Il n'y a pas de profit. Mais on ajoute que, même lorsque la dépense est inutile, s'il y a sans doute dans ce cas profit et enrichissement, ce profit n'est pas pour le patrimoine de la femme, mais uniquement pour celui de la communauté. Donc, dans la théorie actuelle, il n'y a pas d'action *in rem verso* contre la femme.

Contre le mari, au contraire, il y a pleine admissibilité de cette action, au moins lorsqu'il y a eu dépense utile. Il y a en ce cas enrichissement du patrimoine du mari parce qu'on lui a épargné une dépense qui lui incombait. Et en fait ceci revient à dire que, même lorsque le mandat a été révoqué,

les fournisseurs gardent le droit de poursuivre directement le mari dans la mesure où il y a dépense utile. On arrive donc ici à la même solution que si l'on supposait le mandat subsistant; lorsque les fournisseurs invoquent le mandat tacite accordé à la femme ils ne peuvent exercer leur action qu'en vertu d'une dépense raisonnable non excessive; en cas de révocation et *d'in rem verso*, ils l'intentent encore pour tout ce qu'il y a eu d'utile; le résultat est donc le même.

Il y a cependant une hypothèse où cette révocation reste efficace même au cas de dépenses utiles; c'est lorsque le mari, après avoir révoqué le mandat, a fourni à sa femme une pension suffisante. Si la femme dissipe cette dernière en choses futiles, et si pour les dépenses utiles elle s'engage à crédit, ces dépenses ne pourront plus être recouvrées par l'action de *in rem verso*, parce que le mari avait fourni la somme nécessaire à ces besoins. Mais, à part ce cas, la révocation du mandat, d'après la jurisprudence, est inopérante dans la mesure des acquisitions utiles.

La conclusion qu'il faut tirer de toutes ces décisions, c'est que les tribunaux considèrent ce mandat de la femme comme un pouvoir qu'elle tient de la loi. et qui échappe à la révocation du mari toutes les fois que la femme a accompli un acte qui ne dépasse pas les limites de son pouvoir domestique. Mais alors, n'est-il pas plus simple de le dire franchement, et de considérer le mandat de la femme, non plus comme conventionnel, mais comme légal, attaché à sa fonction de ménagère comme un pouvoir propre qu'elle tient de la loi et qu'elle exerce sous le contrôle du mari ?

Nous avons vu cette conception d'un pouvoir domestique de la femme admise en Allemagne et en Suisse soit dans la législation ancienne, soit dans la législation nouvelle (1), d'après les principes de la propriété en main commune, et c'est là la théorie que nous avons admise pour la France à

(1) Cf. *supra*, chap. II, pp. 193 et ss., 206, 216, 229, 235.

l'époque antérieure (1). Et il faut remarquer que cette conception est toute naturelle à la communauté entre époux qui constitue une de ces sociétés taisibles dans lesquelles se rencontre la *majorissa*, préposée, avec un pouvoir de chef, aux soins du ménage commun (2). C'est celle que l'on adopte également en Allemagne pour caractériser ce droit de la femme dans le Code Napoléon : « La preuve que la femme est associée se trouve dans ce fait que, bien que le rôle de chef soit accordé au mari dans la société conjugale, qui a besoin d'une direction comme toute association, et quoique le mari, comme tel, ait la direction exclusive du patrimoine commun et doive supporter les charges du mariage, la femme est directrice du ménage en vertu de sa « Schlüselgewalt », qu'il faut admettre pour toutes les affaires concernant le cercle du ménage, *sans mandat du mari.* » (3)

C'est aussi la conception que propose M. Laurent. Dans son projet il distingue « les actes d'administration journalière et les actes d'administration définitive. Les premiers sont une dépendance du ménage ; il est donc logique de les attribuer à la femme (4). » La femme n'est plus mandataire du mari, elle agit en vertu d'un pouvoir propre, comme associée. Et si la femme oblige seule la communauté, le mari est tenu seulement comme commun ; il n'est engagé que pour moitié sur ses propres s'il en a, ou, après la dissolution, sur sa part de communauté. Car « les dettes de communauté ne sont considérées comme dettes du mari que lorsqu'il a concouru au contrat ». (5)

Cette idée d'un pouvoir propre, inhérent au mariage a été reprise encore dans une thèse récente de M. Basset (6).

(1) Cf. *supra*, chap. III, pp. 294 et ss.
(2) Cf. *supra*, chap. IV, p. 406.
(3) Barazetti, op. cit., p. 529.
(4) Art. 451.
(5) Art. 1459.
(6) Op. cit., pp. 278 et suiv. cf. *Bulletin de la Société d'Etudes*

Au fond c'est la théorie de la jurisprudence française dans ses résultats. Alors pourquoi s'en tenir encore à l'idée fausse de mandat conventionnel au lieu d'admettre une qualité tenant à la structure de l'union conjugale ? La conception de la propriété en main commune, qui accorde à chacun des associés un pouvoir égal de représenter la communauté, aurait l'avantage de donner à la théorie de la jurisprudence une base logique et juridique ; et au lieu de parler d'une sorte de révocation peu efficace, il serait plus précis de dire que ce pouvoir domestique propre à la femme n'existera que dans la mesure où elle n'en abusera pas, et sous le contrôle du mari ; ce contrôle et ce droit d'opposition du mari ne pouvant s'exercer que dans la mesure où le mari entretient sa femme (1). Et avec le principe de la copropriété zu Gesammter Hand, qui donne à la femme associée un pouvoir propre sur les biens communs dans les cas où elle représente la communauté, il faut aller plus loin que la jurisprudence et déduire une solution nouvelle entraînant l'engagement personnel de la femme.

Lorsque la femme a un droit propre sur la masse commune, c'est-à-dire quand elle agit dans la sphère de son rôle de ménagère, elle se trouve vis-à-vis de la communauté dans la même situation que le mari. Il ne faut donc pas dire avec la jurisprudence qu'elle représente le mari. Il faut dire que comme Gesammthænder elle est dans cette sphère représentant de la communauté. Et, de cette situation de chef de la communauté, il doit résulter que la femme, semblablement au mari, s'engage personnellement elle-même, et met en outre les biens de la communauté à la disposition des créanciers avec lesquels elle traite (2). Ce résultat de notre théorie évite cette injustice qui consiste, au cas où des fourni-

législatives, 1901-1902, n° 1, p. 25 et suiv. — Aftalion : *La femme mariée*, p. 98 et suiv.

(1) Cf. *supra*, chap. II, pp. 167, 196, une semblable limitation pour l'Allemagne.

(2) Cf. *supra*, chap. II, pp. 177, 195.

tures excessives ont été faites, à refuser une action aux fournisseurs contre la femme ; que les premiers n'aient pas de recours contre la seconde c'est un résultat inique, c'est traiter la femme comme une incapable.

A cette solution on opposera d'abord l'article 1420, qui, au cas de mandat exprès conféré à la femme, déclare que celle-ci ne s'engage pas elle-même. Mais nous répondons que précisément dans la théorie de la propriété en main commune nous ne sommes pas dans l'hypothèse d'un mandat : il n'y a qu'un pouvoir, propre à tout communiste, qui s'exerce naturellement dans une sphère où le chef de la communauté n'agit pas (1).

On nous objectera peut-être aussi que, sous prétexte d'étendre le rôle de la femme, nous allons lui nuire en permettant à ses créanciers de la poursuivre. Mais l'intérêt bien entendu de la femme n'est-il pas plutôt, non pas de ne pouvoir être poursuivie, mais de ne pas être traitée en incapable ?

Enfin une autre considération que l'on oppose, c'est que la femme n'a probablement pas voulu s'engager personnellement ; elle fait une dépense qui est à la charge de la communauté, et il y aurait injustice à toujours permettre aux créanciers de poursuivre la femme lorsqu'il s'agit de charges qui en définitive ne lui incombent pas. Je reconnais qu'il doit en être ainsi tant qu'elle ne dépasse pas les bornes de ses fonctions domestiques ; dans cette limite la loi n'a pas entendu créer une obligation personnelle de la femme : les obligations qu'elle contracte sont toujours à la charge du mari ; celui-ci a accepté la situation de la loi, et il faut donc dire que, dans ce cas, le pouvoir propre de la femme se double du consentement tacite du mari, grâce auquel la femme échappe aux créanciers. Mais dans la mesure où le mari n'est plus tenu parce que cette présomption du consentement du mari n'existe plus, dans la mesure où la femme a dépassé les

(1) Cf. *supra*, chap. I, pp. 9, 56, chap. V, p. 483.

besoins du ménage, il reste un engagement personnel de la femme qui vaut au moins comme engagement subsidiaire ; c'est-à-dire que toute femme qui s'engage au-delà de ses pouvoirs entend donner la garantie d'un engagement personnel de sa part au cas où le mari refuserait de payer. Il est vrai que dans ce cas on nous objectera que là où les pouvoirs de la femme sont dépassés, la femme n'a plus le droit de s'engager elle-même faute d'autorisation maritale. Mais justement ici se présente l'intérêt juridique de la conception d'un pouvoir inhérent au mariage et indépendant d'un mandat du mari ; ce pouvoir propre relève la femme de son incapacité et supprime la nécessité de l'autorisation maritale pour les actes qui rentrent dans les fonctions domestiques de la femme. Ces actes peuvent être excessifs, et dans ce cas le pouvoir du Gesammthænder n'existe plus, et la femme n'oblige plus la communauté ; mais il ne reste pas moins des actes qui échappent à l'autorisation maritale. Et alors, cette obligation subsidiaire de la femme étant valable, elle aura le même effet que celle admise par la loi lorsque la femme contracte avec l'autorisation de justice.

Nous disons que la femme a un libre pouvoir pour passer tous les actes qui rentrent dans ses attributions domestiques. Elle devra donc avoir, à plus forte raison, un pouvoir identique pour accomplir les actes juridiques nécessaires à l'emploi des sommes que le mari lui laisse en mains. Lorsqu'elle use de ces fonds selon leur destination, elle n'a pas besoin de l'autorisation du mari. Car lorsque la femme a qualité pour agir au nom de la communauté, ce pouvoir implique la capacité de contracter sans l'autorisation du mari ; lorsque la femme agit valablement en qualité d'associée ayant un droit propre d'administration dans une sphère spéciale, dans cette limite, le principe de l'art. 217 n'est plus en cause. La preuve s'en trouve dans l'art. 1420 qui prévoit le cas d'une procuration générale donnée par le mari ; il est certain que les actes passés par la femme en vertu de cette procuration sont valables indépendamment de l'autorisation

du mari. Donc, ce qui est vrai de la procuration expresse de l'art. 1420, doit l'être aussi du mandat tacite, et encore plus du pouvoir légal.

Cette théorie d'un pouvoir propre à la femme nous entraîne à considérer de sérieuses conséquences en matière d'économies réalisées par la femme.

Si la femme a qualité pour faire les dépenses du ménage, elle doit avoir des fonds à sa disposition ; il y aura donc une partie des revenus communs qui doit être à la disposition de la femme. Ordinairement, ces fonds lui sont remis par le mari sous forme de pension ; et il arrive souvent que sur ces sommes la femme réalise des économies qu'elle place. En ce qui concerne cette épargne, la femme a-t-elle un pouvoir propre ? Et ce pouvoir propre pourrait-il s'exercer même aussi par rapport aux fonds qu'elle ne tient pas de son mari, par exemple par rapport à ses salaires et à ses gains personnels ?

Ces profits appartiennent sans aucun doute à la communauté ; mais il n'est pas rare, surtout dans les classes ouvrières, où l'actif commun se trouve en général exclusivement composé des gains journaliers et de l'épargne réalisée sur ces salaires, il n'est pas rare, disons-nous, que le mari dépense au cabaret tout ce qu'il gagne et qu'il compte sur la paye de sa femme pour subvenir à la vie commune. Souvent donc ce salaire de la femme constitue la seule réserve et le fonds commun d'épargne, Or, il arrive fréquemment dans ces ménages que le mari, se prévalant de ses pouvoirs de chef, exige de la femme qu'elle lui remette ce qu'elle gagne. Contre cet abus de pouvoir, la femme est désarmée ; elle a bien, il est vrai, le remède de la séparation de biens, mais même avec le secours de l'assistance judiciaire, c'est là une protection lente et coûteuse. Et avec ce système du Code, qui se trouve, tel qu'il est, constituer le régime conjugal d'une classe sociale la plus nombreuse et qui ne peut point faire les frais d'un contrat de mariage tendant à le modifier, on arrive à ce résultat inquiétant, que le pouvoir du mari de-

vient un dissolvant du mariage. Car cette crainte de l'abus, par le mari, de son droit de chef n'est pas un des moindres obstacles à la régularisation de biens des unions.

Aussi semblerait-il juste de donner à la femme un moyen légal d'empêcher le mari de conduire le ménage à la ruine (1), Et une réaction en effet a déjà commencé : elle est née de cette idée que la femme est au foyer non seulement le ministre des dépenses, mais encore l'agent de l'épargne commune, et qu'elle a un pouvoir propre pour les placements de cette épargne familiale. Ce principe s'est fait jour dans les lois du 25 juin 1850 sur les Retraites pour la Vieillesse et du 9 avril 1881 sur les Caisses d'Epargne Postales (1).

La première décidait que le versement effectué par un seul des deux époux profiterait aux deux ; mais ce versement ne donnerait pas lieu à une rente commune aux deux conjoints, mais à deux rentes séparées, propres à chacun d'eux. L'intérêt pratique de cette décision pour la femme c'est que même si elle renonce à la communauté, elle aura droit à cette rente. Mais la loi de 1850 n'a pas été plus loin et elle n'autorise pas la femme à faire des versements sans l'autorisation du mari.

Cependant, dès 1854, la commission supérieure des Retraites, s'appuyant sur l'idée d'un mandat domestique, décida que la femme serait autorisée à effectuer, sans l'autorisation du mari, des versements minimes, correspondant aux économies réalisées journellement sur les dépenses du ménage. La grande importance de cette solution c'est qu'elle ne distingue pas si les économies ont été faites sur les sommes fournies par le mari, ou bien sur les gains personnels de la femme. Il aurait donc fallu ici encore s'élever jusqu'à

(1) Cf. Boistel : *Des limites à apporter aux pouvoirs du mari dans l'administration de la communauté.* Réforme sociale, 1er janvier 190?, p. 48.

(1) Cf. Aftalion : *Les lois relatives à l'épargne de la femme mariée. La femme mariée*, pp. 108 et ss.

la conception d'un pouvoir propre, venant de la loi et appartenant à la femme.

Postérieurement, la loi de 1881 sur les Caisses d'Epargne Postales, admit que la femme pourrait accomplir des versements sans l'autorisation du mari.

D'une façon générale, vers les dernières années de l'Empire il y a eu un mouvement favorable à la liberté pour la femme d'effectuer des dépôts ; on en sentait une nécessité absolue pour les petits ménages ; cependant les projets tendant à ce but rencontraient une vive opposition de la part d'adversaires qui paraissaient croire que ce droit de la femme de faire des dépôts et des retraites allait constituer une séparation de biens partielle. Mais il y avait dans cette objection une erreur, car il n'était pas question de créer une séparation de propriété, mais une simple séparation d'administration. S'il y avait eu une séparation de propriété les sommes ainsi déposées auraient dû appartenir à la femme indépendamment de son acceptation de la communauté ; or, ce n'était pas là ce que l'on demandait, car on reconnaissait au contraire que les fonds ainsi déposés appartenaient à la communauté ; seulement on voulait que la femme pût effectuer seule ses dépôts sans autorisation maritale.

Les partisans de la loi de 1881 s'appuyèrent, pour faire aboutir leur projet, sur la théorie du mandat tacite, et la loi fut présentée comme une extension de la théorie de la jurisprudence existant en matière de mandat domestique. C'est pourquoi, au lendemain du vote, M. Planiol pouvait dire que la loi était inutile, et qu'un simple développement de la jurisprudence en cours aurait suffi (1).

Cette loi de 1881 ne concerne pas que les Caisses d'Epargne Postales, mais son art. 21 déclare que les dispositions relatives à la femme sont applicables mêmes aux Caisses d'Epargne ordinaires.

L'article 6, consacré aux dépôts, porte que les femmes mariées, quel que soit leur régime, sont admises à faire

(1) Cf. *Revue critique de législat. et de jurisprud.*, 1882, p. 42.

ouvrir des livrets sans l'autorisation de leur mari. Et, dans la pensée de la loi, cette liberté pour la femme d'effectuer des dépôts dérive d'un mandat présumé accordé par le mari.

Cependant, si vraiment il y avait là un mandat tacite, le mari pourrait le révoquer et s'opposer aux versements de la femme. Car on considère que le mari peut, par un avertissement, révoquer ce mandat domestique (1); il devrait donc pouvoir, par une notification, faire défense à l'administration de recevoir des dépôts nouveaux. Or, il est admis au contraire que le mari n'aurait pas ce droit, ou plutôt que l'administration n'aurait pas à tenir compte de cette notification. L'opposition du mari n'est admise que pour le droit de retrait ; on considère qu'en matière de dépôts les termes de l'art. 6 sont impératifs et donnent à la femme un droit propre.

Il nous semble ici une fois de plus, d'après les décisions même de la loi et l'interprétation qu'on en donne, qu'il est inexact de parler d'un mandat conventionnel venant du mari, puisque ce mandat ne serait pas révocable par ce dernier. Il est plus juste de revenir à notre théorie, et de dire qu'il y a un droit légal de la femme encore en cette matière, une extension de sa « Schlüsselgewalt », ou pouvoir domestique propre à l'associé en main commune de la société conjugale.

Pour ce qui concerne les retraits, la femme est encore dispensée de l'autorisation maritale pour les effectuer ; mais ici la loi consacre formellement le droit d'opposition du mari, ce qui prouve qu'elle reconnaît un droit propre à la femme et auquel le mari ne pourrait s'opposer, puisque la loi croit devoir établir expressément ce droit du mari. Ce dernier peut donc faire opposition aux retraits (2). Mais ce droit du chef de la communauté avait donné lieu à des difficultés : l'administration, en se basant sur le sens technique du mot « opposition » du Code de Procédure Civile, ne se contentait

(1) Cf. *supra*, chap. V, p. 495.
(2) Art. 6.

pas d'un simple avis ; elle exigeait un acte d'huissier, Et en outre, une fois l'opposition notifiée par acte d'huissier, au lieu de permettre au mari de toucher les sommes déposées, elle demandait un jugement et prétendait en mettre les frais à la charge du mari. La jurisprudence s'était rangée à son avis ; et pratiquement l'opposition du mari, admise en théorie, était un acte contentieux et difficile.

Aussi en 1895 revint-on sur ce point. La loi de 1895 reproduit la loi de 1881 en ce qui concerne les versements ; quant aux retraits, l'article 16 consacre encore le droit de la femme « sauf opposition de la part du mari », mais elle ajoute : « Dans ce cas il sera sursis au retrait du dépôt, et ce pendant un mois à partir de la dénonciation qui en sera faite à la femme par lettre recommandée. Passé ce délai et faute par la femme de s'être pourvue contre la dite opposition, le mari pourra toucher seul le montant du livret, si le régime sous lequel il est marié lui en donne le droit ». Il en résulte que la pratique antérieure est condamnée ; les rôles sont intervertis, c'est à la femme maintenant à s'adresser à la justice. Cependant il faudra encore, passé le délai sans action de la part de la femme, que le mari, s'il veut toucher les dépôts, fasse au moins la preuve de son droit, et du régime sous lequel il est marié. Tout d'abord il devra prouver le dépôt, ce qui pourra être difficile si la femme fait disparaître son livret, l'administration ne devant un duplicata qu'au titulaire. Il faudra en outre qu'il établisse son régime matrimonial. Et devant ces exigences, le mari se trouvera encore obligé de s'adresser aux tribunaux.

Ce précédent d'un droit pour la femme d'effectuer des dépôts, introduit par la loi de 1881, a été peu à peu généralisé. Tout d'abord la loi de 1886 sur les Caisses Nationales de Retraites pour la Vieillesse, qui accepte les autres dispositions de la loi de 1850 relativement au caractère de la rente, tout en permettant à l'époux d'opérer des versements sous des conditions variées (1), consacre en outre cette règle capi-

(1) Cf. art. 9, 10, 11, 15, 16

tale que la femme n'a plus besoin d'être autorisée pour faire des versements : « les femmes mariées, quel que soit leur régime, sont admises à faire des versements sans l'assistance de leur mari (1) », Et la dérogation au droit commun porte moins encore sur la dispense d'autorisation que sur le droit accordé à la femme de disposer des fonds appartenant à la communauté ; la femme peut en effet régler à son gré les conditions de la rente (2). Ce qui constitue pour elle un droit propre à cette rente.

Il faut compléter ce principe nouveau par celui introduit par la loi du 1er avril 1898 sur les Sociétés de Secours Mutuels. On y retrouve deux dispositions analogues à celle de la loi de 1886. La première consiste en ce que, d'après l'article 3, les femmes mariées peuvent faire partie de ces sociétés et même en créer, être membres fondatrices sans l'assistance de leurs maris. La seconde vise le livret individuel ; la loi accepte deux systèmes de retraites ; elles peuvent être constituées par un fonds commun, et dans ce cas il y a un droit de créance appartenant à la femme contre la société ; ou bien elles peuvent être établies par le moyen de livrets individuels ; les versements sont inscrits sur le livret qui constitue une propriété pour le titulaire (3). Il est donc certain que ces droits sont propres à la femme.

Jusqu'ici nous étions restés d'accord avec le principe que l'épargne de la femme est un fonds de communauté ; d'où l'on conclut d'abord qu'à la dissolution cette épargne reste dans l'actif de la communauté et que, si la femme accepte, elle ne pourra prétendre qu'à la moitié ; et ensuite que, si elle renonce, elle n'aura plus droit à rien.

Or ces conceptions juridiques sont en contradiction avec l'idée d'un droit propre de la femme, que nous rencontrons en effet dans les lois de 1886 et de 1898, où les pensions qu'elles ont en vue constituent une propriété pour la femme.

(1) art. 13.
(2) Cf. note 1, p. 507.
(3) Art. 22.

Ces lois aboutissent dans leurs résultats à cette conception que les versements accomplis par les femmes mariées, soit aux Caisses de Retraites pour la Vieillesse, soit aux Sociétés de Secours Mutuels, constituent pour celles-ci un droit qui ne fait plus partie de la communauté, et par suite, auquel elles pourraient prétendre pour la totalité, soit qu'elles acceptent, soit qu'elles renoncent. Il semble donc bien qu'il devrait également en être ainsi pour les fonds que les femmes déposent aux Caisses d'Epargne ; et ce serait là une solution éminemment équitable. Supposez en effet que le mari meure sans enfants et que la femme renonce à la communauté ; il est bien dur de décider qu'elle devra abandonner aux héritiers du mari toutes ses économies. Aussi en 1887, le Conseil d'Etat, consulté pour savoir si, après le décès du mari l'administration pouvait faire obstacle au droit de retrait de la femme, décida que le droit de celle-ci restait intact. Mais les Tribunaux ne se sont pas rangés à son avis ; et ils ont admis, en pratique, qu'après la mort du mari, les Caisses d'Epargne doivent suspendre tout paiement fait à la femme, et ne restituer ce dépôt que sur la présentation d'un certificat de propriété délivré par un notaire. C'est là une solution bien dure, car lorsque le mari meurt, la femme, souvent sans métier, et ayant charge d'enfants, se trouvera dans une situation pénible ; et c'est justement pendant cette période critique qu'elle aurait le besoin le plus urgent des économies qu'elle pourrait avoir accumulées en prévision de cette éventualité. Or on lui en retire l'emploi. Cette décision est peu humanitaire, de plus elle n'est pas logique, car il n'en est plus de même lorsque la dissolution a lieu à la suite d'un divorce.

Dans cette circonstance, si le mari fait opposition au retrait, la femme peut faire une contre-opposition ; et dans ce cas il est arrivé que lorsqu'une pension alimentaire était imposée au mari, les Tribunaux ont permis à la femme, même renonçante, de garder pour elle intégralement les sommes inscrites à son livret, afin de se payer des termes

échus de la pension, et même comme garantie des termes à échoir (1).

L'épargne de la femme apparaît donc, dans cette décision de la jurisprudence, comme un fonds de réserve pour les dépenses d'entretien et les besoins personnels de la femme, et lorsque le mari a négligé ses devoirs, comme garantie de l'obligation alimentaire. De plus, depuis la loi de 1886, la notion d'obligation alimentaire s'est beaucoup élargie. On a considéré que le devoir des époux n'est pas seulement de veiller pendant le mariage à l'entretien réciproque, mais de ménager pour l'avenir des ressources au survivant ; le devoir de prévoyance et d'épargne rentre aujourd'hui dans la conception de l'obligation alimentaire. Et s'il en est ainsi, on doit considérer que l'épargne de la femme a les mêmes fonctions que les fonds qu'elle dépose dans les Caisses de Retraites de la loi de 1886. Et il n'y a nulle raison de distinguer entre le cas où le mariage se dissout par la mort du mari, et celui où il se dissout par le divorce. C'est justement dans le premier cas que l'épargne de la femme serait d'une grande utilité ; et il semble que les Tribunaux pourraient laisser à la femme les sommes inscrites en son nom, au moins dans la mesure où elles peuvent être considérées comme représentant le devoir de prévoyance compris dans l'obligation alimentaire du mari. Il n'y aurait encore pas là une séparation de biens quant à la propriété, car il faudrait dire dans ce cas, ce que nous faisons pas, que, même si le mariage se dissout par la mort de la femme, les sommes déposées par elle appartiendraient à ses héritiers, même renonçants.

Cette conception d'un droit propre à la femme sur ses économies constituait le fond de la pensée du Conseil d'Etat en 1887 ; les choses n'ont pas changé depuis cette date et il nous semble qu'il y aurait tout lieu de la soutenir.

Cette idée d'un pouvoir propre de la femme dans ses attributions domestiques, et de là sur les économies réalisées par elle sur les sommes que le mari lui attribue pour les

(1) Cf. art. 301.

dépenses du ménage, nous amène à envisager la question des droits de la femme sur ses gains personnels. Cette question est fort importante ; car dans bien des ménages le mari se conduit mal et dépense même les salaires que rapporte la femme ; et d'autre part, la femme étant préposée aux dépenses de la vie courante est plus à même de juger des nécessités de l'épargne.

Nous avons vu que la femme devait avoir le droit d'engager librement la dépense, ainsi que celui d'épargner et de placer ses économies. Mais pour réaliser ces fonctions, il faut qu'elle ait des fonds. Or les seuls fonds dont elle dispose, ce sont ceux que lui remet le mari ; même si la femme employait les sommes provenant de son travail, ces sommes constitueraient encore des biens de la communauté, et ce serait par tolérance du mari que la femme les garderait. Il semblerait cependant utile, dans certains ménages, et dans l'intérêt des époux et des enfants, de permettre à la femme d'employer ses propres salaires, non plus en vertu du consentement du mari, mais en vertu d'un droit propre qui ferait au besoin obstacle aux abus d'autorité du mari. Si la femme a des pouvoirs propres en vertu de son rôle spécial dans la famille en matière de dépenses et d'épargne, il lui faut, pour pouvoir exercer ces fonctions, des fonds placés en dehors de la main mise du mari ; lorsque celui-ci ne lui en fournit pas, et que la femme emploie dans l'intérêt de la famille les ressources qui proviennent de son travail, il est indispensable que la femme puisse les garder et que le mari ne puisse les lui enlever (1).

Cette question a déjà préoccupé nos législateurs. La première proposition en faveur des droits de la femme, élaborée par MM. Glasson et Jalabert, fut déposée à la Chambre le 22 juillet 1890 sous le nom de proposition Jourdan. Ce projet consacre le droit commun de la communauté ; il vient au secours de la femme en cas d'inconduite et au cas d'aban-

(1) Cf. M[lle] Chauvin : *Des professions accessibles aux femmes en droit romain et en droit français*. Thèse Paris, 1892.

don du mari. Dans le premier cas, la femme s'adresse au juge de paix et il peut lui être accordé le pouvoir de toucher les produits de son travail ; dans le second elle a le même droit, mais elle peut en plus obtenir l'autorisation de pratiquer une saisie-arrêt sur les gains du mari.

Mais ce n'est là qu'un remède tardif et non un moyen préventif. Ce dernier ne pourrait se trouver que dans une clause spéciale du contrat de mariage, par laquelle la femme se réserverait le droit de toucher ses gains personnels ; or, dans les classes laborieuses, pour lesquelles la question offre le plus d'intérêt, on ne fait pas de contrat de mariage. Aussi M. Cauwès avait-il proposé une addition à ce projet : sans obliger les époux à rédiger un contrat de mariage, la femme pourrait, sur une interpellation obligatoire de l'officier de l'état civil, déclarer, au moment où il se marie, qu'elle entend se réserver ses gains personnels (1). Il y a là un moyen analogue à celui que préconise la loi du 10 juillet 1850 pour les commerçants.

Il semble qu'à la place de ces expédients il vaudrait mieux admettre de plein droit pour la femme la capacité de toucher et de garder ses gains personnels (2). Ce point de vue a été réalisé en partie par le projet Goirand, déposé à la Chambre le 7 juillet 1894. Mais cette disposition est trop brève, elle ne contient qu'un seul article : quel que soit le régime adopté par les époux, la femme a le droit de percevoir, sans le concours du mari, les sommes provenant de son travail et d'en disposer. C'est là une disposition insuffisante, car elle se contente de donner à la femme le droit de toucher ses gains sans lui accorder un droit d'administration sur les acquisitions qui en peuvent provenir ; la femme aurait donc intérêt à tout dépenser parce que les valeurs acquises par

(1) Cauwès : *De la protection des intérêts économiques de la femme mariée.*

(2) Cf. Aftalion : Op. cit , pp. 405 et ss. — *L'extension des droits de la femme mariée sous le régime de communauté dans la pratique française.*

elle tomberaient en communauté. De plus ces gains de la femme étant des fonds de la communauté, restent le gage des créanciers de cette dernière et du mari ; le texte même le disait : « les pouvoirs de la femme ne font point échec aux droits des tiers contre la communauté. » De sorte qu'on enlève au mari le droit de s'approprier les salaires de la femme tout en lui conservant celui de les engager.

Ces deux propositions différentes ont été fondues en une seule en 1896 par la Chambre. Mais dans ce nouveau système, les pouvoirs de la femme ne concernent encore que le droit de toucher ses gains et de les dépenser ; et il n'y a aucune réserve à l'encontre des créanciers du mari ; le texte de la proposition Goirand relatif aux tiers n'est pas reproduit, mais on déclare que « les biens acquis par la femme avec ses gains personnels appartiennent à la communauté ». Et il semble bien qu'il faut entendre cette phrase dans un sens analogue. Ce que le projet ajoute seulement, c'est le droit pour la femme, au cas d'abandon du mari, de saisir-arrêter une partie des salaires de ce dernier.

Toutes ces réformes sont en réalité des plus timides. Il est visible qu'au fond on a peur de violer les principes de la communauté. Or avec la conception de la propriété en main commune, et le principe d'un pouvoir propre de la femme associée, il nous semble que les règles de notre institution ne seraient pas du tout atteintes par une proposition qui réserverait à la femme l'administration, non seulement de ses gains personnels, mais encore des acquisitions qui en proviendraient. Il n'y aurait là qu'une extension naturelle des pouvoirs de Gesammthaender qui appartiennent à la femme relativement au ménage ; et il nous paraît même que, par une simple application des idées admises par nous à l'égard des Retraites pour la Vieillesse et des Caisses d'Epargne, on pourrait aller jusque-là. Car si l'on combine ces deux idées, l'une que la femme a un pouvoir propre pour les dépenses du ménage, et l'autre que la femme ne peut exercer une industrie ou un commerc qu'avec avec l'auto-

risation de son mari, on arrive à cette conclusion, qu'en autorisant sa femme à réaliser des bénéfices par son travail, le mari a entendu que ces revenus serviraient d'abord aux dépenses qui incombent à la femme de par la loi. Donc en rapprochant ces deux principes, et dans la mesure où les gains de la femme correspondraient à ses fonctions domestiques, on peut dire, avec les principes de la propriété en main commune, que ces salaires constituent un fonds de réserve à la disposition de la femme. Nous aboutissons ainsi à ce qui est essentiel, c'est-à-dire à réserver à la femme tout ce qui est indispensable à la vie domestique. Et il faut admettre ce droit propre de libre administration de l'épouse même pour les valeurs acquises par la femme avec ses gains ; car ces valeurs ont exactement la même destination que les fonds dont elles proviennent et qu'elles représentent. Rien n'est plus légitime dans la conception de la Gesammte Hand ; il y a en effet deux associés qui ont en réalité des droits et des pouvoirs égaux sur le patrimoine commun, qu'ils exercent chacun dans une sphère déterminée par la loi. Et il faudrait. sur ces biens administrés par la femme, exclure les droits des créanciers, par ce fait que, dans la sphère du ménage, c'est la femme, et non le mari, qui est chef de la communauté, et que par suite, par rapport à ces biens, le mari, associé en second, n'a pas plus de droits que n'en a la femme par rapport aux biens administrés par le mari ; ce dernier ne peut donc pas plus en disposer indirectement que directement. Et si l'on objecte que c'est là faciliter des fraudes de la part du mari, nous répondrons qu'il est trop facile de les démasquer, ces gains que la femme n'étant réservés à celle-ci que dans la mesure, aisément appréciable, où ils satisfont réellement au besoin du ménage.

Si avec la conception de la copropriété en main commune, que nous avons tâché de faire connaître, et que nous souhaitons de voir appliquer à la communauté entre époux, nous arrivons à donner à la femme dans le mariage un rôle qui, dans sa dernière application est éminemment favorable

à l'intérêt de la famille entière, il faut nous rendre cette justice que, loin de contredire les principes établis, nous ne faisons, sur la plupart des points, qu'établir une conception juridique, d'une valeur historique incontestable, donnant une assise inébranlable aux décisions conformes de la jurisprudence et de la pratique. Et il nous semble qu'il est utile de retourner aux véritables principes qui mettraient d'accord a science et les faits ; car si la doctrine juridique a continué à donner pour base à ses enseignements le vieux principe traditionnel de l'autorité maritale, elle a perdu de vue les droits que reconnaît à la femme le Code lui-même ; si pour elle le mari est encore seigneur et maître, en fait, les époux sont des associés agissant ensemble conformément à notre conception nationale de la propriété en main commune.

Vu : le Doyen,
GLASSON.

Vu : le President de la Thèse,
R. SALEILLES.

Vu et permis d'imprimer :
Le Vice-Recteur de l'Académie de Paris,
GRÉARD.

TABLE DES MATIÈRES

CHAPITRE II

Les différents systèmes de la doctrine française sur le caractère juridique de la communauté entre époux du Code civil — La théorie du Miteigenthum zu Gesammter Hand appliquée au même régime en Allemagne et en Suisse ; son importance aux différentes périodes de l'histoire ancienne et moderne.

CHAPITRE III

Le droit germanique en France, ses conceptions comme fond ment de droit national et leur conservation jusqu'à l'époque moderne. — Points de contact dans l'histoire juridique entre l'Allemagne et la France. — La Gesammte Hand dans nos coutumes. — Ses principes dans la communauté entre époux depuis sa formation jusqu'au Code civil.

CHAPITRE IV

La propriété collective en Allemagne, en Suisse et en France. — La Gesammte Hand dans les communautés de famille de ces trois pays. — Les Sociétés taisibles et notre communauté entre époux : mêmes principes et même origine.

CHAPITRE V

Les principes de la Gesammte Hand dans la communauté entre époux du Code civil. — Résultats pratiques de l'application de cette théorie.

L. BOYER, Imprimeur-Éditeur, 15, rue Racine, Paris.

60,—